

CONCLUSIONES GENERALES

I. NEOCONSTITUCIONALISMO Y JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO

El constitucionalismo operó históricamente desde una tradición de escepticismo frente a los poderes establecidos. Enfatizaba la dimensión de límite al poder⁷⁴⁴ y concebía que la única protección demandada al Estado era por derechos de defensa y de libertad, toda vez que debía velar fundamentalmente por la seguridad, la protección de la propiedad privada y la garantía a la configuración de la voluntad general. La consolidación del Estado constitucional luego de la segunda posguerra y la implementación en América Latina de la fórmula política del Estado social y democrático de derecho constituye una aproximación de las perspectivas dirigente y garantista del constitucionalismo.⁷⁴⁵ Este hecho se conceptualizó como el resurgimiento revitalizado del constitucionalismo en América Latina. De la primera perspectiva se retoma la fuerza normativa de la Constitución, en virtud de la cual sus provisiones ostentan el carácter vinculante de las normas jurídicas, pero concibe que se trata de meros enunciados programáticos que exhortan al poder político para lograr su realización. Si bien reconoce que la Constitución consagra, además de normas orgánicas, un programa de actuación prospectivo, encarga su realización enteramente a los poderes Ejecutivo y Legislativo. La segunda se refleja en el recurso a la Constitución como instrumento de realización de un proyecto de Estado que, en general, se propone superar el estado de cosas existente mediante la intervención de los tres poderes en la garantía de la normativa dogmática. Las Constituciones requieren ahora entonces una particular garantía jurisdiccional para que la normativa, al erigir criterios efectivos de constitucionalidad, no se reduzca a una consagración programática, sino que en efecto oriente una determinada forma de desarrollar legislativamente el derecho.

⁷⁴⁴ Matteucci, Nicola *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*, Madrid, Trotta, 1998; Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2007.

⁷⁴⁵ Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, Trotta, 1996, p. 130.

Producto de la singularidad del constitucionalismo europeo de la segunda posguerra y su influjo en América Latina, el neoconstitucionalismo designa la instauración de una serie de posiciones afines en su aproximación al derecho que se pueden reunir en tres categorías, a saber; la Constitución, los derechos y el Poder Judicial y la jurisprudencia. Los cambios institucionales han implicado la necesidad de contar con una renovación de la teoría del derecho que se distinga de los fundamentos teóricos iuspositivistas del Estado de derecho decimonónico. La tarea de legitimación política que se debe cumplir en el Estado constitucional conduce a que también el neoconstitucionalismo se proyecte en el plano ideológico como una doctrina no sólo descriptiva, sino también justificatoria del nuevo modelo jurídico-político. Sin abandonar la dimensión de límite al poder, el neoconstitucionalismo asume una dimensión a partir de la cual cuestiones que antes estaban fuera de su horizonte de problemas empiezan a resurgir como los aspectos distintivos de una vigorizada forma de organización jurídica. Esta faceta se refleja sobre todo en contextos como los integrados por los países latinoamericanos, donde hay un profundo descontento por las situaciones del presente de las sociedades en general, por lo cual el surgimiento del neoconstitucionalismo en América Latina ha estado enmarcado por situaciones en las cuales la inconformidad con el presente hace que las nuevas Constituciones se conciban como parte importante de los medios para lograr el objetivo de conseguir un futuro mejor.

El neoconstitucionalismo se presenta como doctrina de justificación, como una teoría y una metodología del derecho referidas al Estado constitucional a partir de los lineamientos sentados en Alemania e Italia luego de la segunda posguerra. Esto acredita el uso de la expresión neoconstitucionalismo para destacar las diferencias entre el discurso constitucional actual y el hilo conductor que caracterizó el constitucionalismo histórico. La forma de Estado que se enmarca en una democracia constitucional trae consigo importantes transformaciones en los sistemas jurídicos que suscitan la revisión de la teoría del derecho tradicional de impronta positivista, lo cual amplía el discurso del constitucionalismo para desarrollar una teoría y metodología jurídicas que puedan responder a la complejidad de los ordenamientos jurídicos contemporáneos. El neoconstitucionalismo, que amplía de forma complementaria en vez de excluyente los contenidos del constitucionalismo histórico, se puede concebir como una forma sustantivada de constitucionalismo.

Mientras que el constitucionalismo es una ideología dirigida a limitar el poder y garantizar una esfera mínima de derechos fundamentales, el neoconstitucionalismo no se presenta de manera exclusiva como ideología,

metodología o teoría, sino de forma concurrente con estos tres aspectos. Desde la segunda posguerra se han venido estableciendo dos maneras de configuración jurídica. Por una parte, la creación de normas por parte del Congreso, que si bien conserva márgenes amplios de acción, debe acatar los estándares constitucionales que fija la jurisprudencia y, crecientemente, el derecho internacional —por ejemplo, a nivel de la protección a los derechos humanos—. Por otra parte, en la solución de casos particulares donde las cortes interpretan y concretan las disposiciones constitucionales, se crean progresivamente líneas jurisprudenciales a partir de las razones de las decisiones sobre cuestiones determinadas y, así, se consolidan precedentes que constitucionalizan el derecho y contribuyen judicialmente a su creación y desarrollo. Desde las líneas jurisprudenciales se establecen subreglas, que son las que en últimas han desmonopolizado la creación legislativa del derecho. La *ratio* de cada sentencia constituye un precedente que adquiere, por su reiteración, efectos como aquellos propios del derecho legislado. En este proceso hay un “supuesto mínimo de racionalidad deliberativa y decisoria” que se ha establecido como un estándar de constitucionalidad que la Corte ha creado a partir de numerosas sentencias.

La paulatina implementación de democracias constitucionales en países por cuyo descontento con la realidad social se promulgaron Constituciones aspiracionales se refleja también en la adopción de una posición política conforme a la cual uno de los principales criterios para determinar la legitimidad del poder estatal es la elevación de la pretensión de garantizar el respeto de los derechos y posibilitar su ejercicio. En contextos de disociación entre la normativa constitucional garantista y el contexto social estructuralmente desigual y deficitario en la protección de derechos, los órganos del Estado tienen la obligación de mejorar las situaciones de igualdad social y estimular un mejoramiento progresivo de las condiciones materiales de existencia de los sectores más desfavorecidos.

El enfoque neoconstitucional de alcance particular que enmarca esta investigación permite reconstruir en tres categorías el significado y los elementos medulares del neoconstitucionalismo trasnacional. Pero sobre todo permitió analizar el principal cometido del paradigma neoconstitucional, que no es formular una nueva teoría o reconfigurar aspectos de las existentes para que los profesores tengan nuevo material de clase ni para que los especialistas tengan nuevos pretextos para discutir, sino contribuir en la fundamentación de la práctica de la aplicación de los derechos y principios constitucionales para avanzar en la realización de la fórmula política del Estado social y democrático de derecho. El modelo democrático necesario para la realización de esta fórmula es el deliberativo, en su principal versión,

que es la procedimental-constitucional, porque es la única que garantiza un amplio margen decisorio al Congreso, pero al tiempo establece condiciones que dotan de racionalidad discursiva los procedimientos parlamentarios, la cual resulta esencial para que el desarrollo legislativo de la Constitución no sólo sea garantista sino también estable y duradero.

Este enfoque neoconstitucional permite repensar el paradigma neoconstitucional trasnacional a la luz de problemas constitucionales concretos, relacionados con la implementación de normativa progresista incluida en la Constitución. En lugar de establecer en sus estándares la obligatoriedad de alcanzar fines sustantivos determinados, la Corte ha concebido a la política deliberativa, en expresión de Habermas, como un concepto procedimental de democracia. Cuando se han violado principios constitucionales sustantivos como los derechos de las minorías a intervenir en igualdad de condiciones que las bancadas políticas mayoritarias, la Corte ha seguido la subregla no por la violación sustantiva del contenido de la norma aprobada, sino por la afectación del procedimiento que condujo a ella. Define con claridad las razones por las cuales es necesaria la etapa del debate y el normal desarrollo de la deliberación para salvaguardar las reglas establecidas en el Reglamento del Congreso, que a su vez amparan principios constitucionales.

Los modelos de la justificación en la democracia deliberativa, en lugar de limitarse al ideal de razón pública, reconocen el papel de las condiciones sociales y las limitaciones de la democracia en las prácticas deliberativas. Uno de los modelos deliberativos más influyentes sustenta la necesidad de incorporar principios de naturaleza moral en los aspectos epistémicos de la deliberación. Esta sería la manera de propender por la realización de los fines morales en el proceso de toma de decisiones, sin desconocer el hecho político con sus particulares vicisitudes. Si bien muchos abogan por que el Poder Judicial omita su intervención en muchas materias objeto de examen constitucional, el contexto actual parecería más bien exigir un papel activista de los jueces en la implementación de remedios que solucionen violaciones de derechos. La débil conexión entre la sociedad y las instancias de decisión política, así como la inestabilidad de los partidos políticos, hacen que las Cortes deban intervenir proactivamente para colaborar en la realización del fin estatal más importante, cual es la realización de los derechos. Precisamente la alegada colisión de competencias por el activismo judicial no se presenta en realidad por la falta de ejercicio de la competencia del Legislativo en muchas materias. Este activismo adquiere legitimidad en la medida en que se protejan y amplíen espacios de deliberación democrática.

II. REALIZACIÓN DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO E IMPLEMENTACIÓN DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

El contexto jurídico-político colombiano muestra una de las formas como puede darse una relación necesaria entre el principal cometido del neoconstitucionalismo, cual es la realización de la fórmula del Estado social de derecho, y la implementación de un sistema de democracia deliberativa. Los elementos medulares del neoconstitucionalismo reivindican la concepción democrática deliberativa también, porque los principios de naturaleza moral consagrados en la Constitución encuentran sobre todo en el modelo deliberativo la forma para orientar debidamente la acción política; por ejemplo, respecto del ideal constitucional de la igualdad. Una discusión parlamentaria, o en cualquier escenario, es realmente una deliberación si todos tienen igual oportunidad para intervenir, si el desarrollo del debate no sufre manipulaciones o presiones indebidas por parte de quienes tienen más poder, y si nada de lo no deliberado suficientemente se integra luego como parte de la decisión, afectando así el consenso al que se llegó con la intervención de todos. Una persona, grupo político o “facción” no puede tener opción de dominar el curso de la deliberación parlamentaria ni de imponer resultados determinados. Una decisión proveniente de tal proceso carecería de legitimidad política.

La democracia deliberativa es un modelo normativo precisamente por su inescindible articulación con los derechos fundamentales. En contra de posturas realistas de la democracia que no avanzan en una prescripción normativa por enfatizar la descripción fáctica de las instituciones y los procedimientos democráticos, la democracia deliberativa no describe cómo “son” las cosas en realidad, sino que prescribe cómo “deben ser”. Filósofos políticos, politólogos y juristas han sostenido en los últimos años que la mejor forma de gobierno es aquella regida por la deliberación pública, pues cuando las leyes y las políticas públicas son el resultado de deliberaciones en las cuales se dispone un espacio para exponer iniciativas y las razones para adoptarlas, aumenta la posibilidad de alcanzar el consenso y también de que se reduzca el alcance de los desacuerdos.

Si bien la democracia deliberativa defiende un ideal que ha tomado distintas perspectivas con los años, desde el acuño del concepto en 1980, se observa un grupo de elementos afines a los distintos modelos. En la arena política las decisiones que se tomen deben contar con un grado de legitimidad tal que cualquier persona tenga los elementos para aceptar o al menos para no rechazar razonablemente. Toda concepción dentro del modelo deliberativo está organizada respecto del ideal de la justificación política; por

lo tanto, las justificaciones que se otorguen en sustento de una u otra propuesta exigen que los ciudadanos trasciendan no sólo sus intereses egoístas, sino también sus cosmovisiones particulares del mundo y del buen vivir. La orientación pública de las preferencias cuenta con mayores recursos demostrativos respecto de la mejoría de las decisiones políticas por sobre los resultados del método agregativo defendido por las concepciones elitistas o populistas de la democracia.

El procedimiento debido de toma de decisiones, incluso más que su mismo resultado, es lo que legitima el consenso al que se llegue. Las leyes y políticas creadas y configuradas en escenarios deliberativos tendrán por tanto mayor probabilidad de ser aceptadas por la ciudadanía. En consecuencia, se aseguraría la legitimidad del gobierno democrático. No sólo se alcanza mayor legitimidad, sino también mayor eficacia en la aplicación de las normas mediante el modelo deliberativo. El autointerés egoísta o el prejuicio social pueden afectar las decisiones políticas, pero también la falta de información o los errores fácticos y lógicos, los cuales se pueden corregir mediante la ejecución de mecanismos que aumenten la participación y, así, contribuyan con la mejoría del proceso de toma de decisiones. El conocimiento del interés ajeno tiende a robustecer la formación del consenso. La imparcialidad se favorece con la deliberación, porque fuerza a que determinados planteamientos sean eliminados o modificados para que sean aceptables por los demás. Al tener que presentar y defender públicamente los argumentos en sustento de una medida, los mecanismos participativos por los que propende una concepción deliberativa constriñen a intercambiar argumentos, escuchar otras razones, morigerar posiciones y ajustar perspectivas para conseguir una decisión consensuada. Los ciudadanos desarrollan un sentido de conmiseración, por lo que la implantación de un modelo deliberativo puede contribuir a que aumente la solidaridad social. La realización de audiencias en la Corte Constitucional y la consulta previa a las comunidades indígenas y étnicas minoritarias en los casos en los cuales podrán resultar eventualmente afectadas, por ejemplo, son elementos por los cuales se puede afirmar que el constitucionalismo colombiano adoptó un modelo deliberativo de democracia, toda vez que exige contar con participación durante la configuración de la medida y establece mecanismos para regular dicha participación.

El procedimiento legislativo es producto de reglas diseñadas para maximizar el valor de la democracia como método para alcanzar decisiones colectivas en contextos de desacuerdo.⁷⁴⁶ La incorporación de los principios deliberativos en este procedimiento eleva las posibilidades de alcanzar la

⁷⁴⁶ Sentencia C-141 de 2010. Este criterio lo establece la corte con base expresamente en *La Constitución de la democracia deliberativa*, de Carlos S. Nino.

imparcialidad en las decisiones políticas, así como de respetar la oposición, honrar el control político y propender hacia la representación de amplios sectores sociales. La obligación constitucional de los congresistas de trascender sus intereses y los de sus electores para considerar el interés general es una exigencia de la democracia deliberativa teniendo en cuenta que deberán actuar consultando la justicia y el bien común.⁷⁴⁷

La deliberación en la democracia propicia un espacio para que las posiciones individuales se articulen con las generales en pro de los derechos en juego. En este sentido, la Corte Constitucional ha incorporado en su jurisprudencia los principios más importantes del ideal deliberativo, pero sobre todo lo ha estructurado como un ideal regulativo para que, en atención al déficit que presenta el sistema democrático colombiano, el procedimiento legislativo conduzca a mejores decisiones. El modelo deliberativo, en tanto ideal regulativo, complementa la noción de democracia representativa y exige la consideración legislativa del principio de igualdad para que se otorgue igual consideración a las distintas perspectivas, preferencias y cosmovisiones de quienes intervienen en la deliberación.

El modelo deliberativo complementa igualmente el principio agregativo de la democracia representativa y los principios de la democracia liberal, con los valores de la democracia constitucional en tanto configuradores del procedimiento para la toma de decisiones en la arena política de una sociedad caracterizada por el hecho de un pluralismo razonable.⁷⁴⁸ Los consensos locales, la percepción de la opinión pública, las tendencias de los movimientos políticos y las organizaciones civiles deben considerarse también cuando se ponderan los principios en la interpretación de los casos difíciles, razón por la cual la Corte no sólo controla el desarrollo de las sesiones de debate en el Congreso, sino también propicia espacios de discusión cuando realiza audiencias públicas, previas o posteriores al fallo, o cuando solicita que personas o instituciones especializadas profieran concepto sobre un determinado caso.

La democracia deliberativa, en su aporte a la construcción de estándares de constitucionalidad, es uno de los modelos políticos que hacen parte del paradigma neoconstitucional, por lo cual al propender por el primero se contribuye a realizar el segundo. Debido a que el concepto de democracia deliberativa conforme ha sido defendido por varios autores y ha sido

⁷⁴⁷ Artículo 133 constitucional. Sentencia C-668 de 2004. S.V. de Rodrigo Uprimny.

⁷⁴⁸ Es decir, el hecho de que una pluralidad de doctrinas comprensivas, razonables pero conflictivas, del orden religioso, filosófico, político y moral, es un resultado normal de la cultura en el marco de instituciones libres. Rawls, John, *The Law of Peoples with "The Idea of Public Reason Revisited"*, Cambridge, Harvard University Press, 2001, pp. 131 y ss.

receptado en algunos de sus elementos medulares por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, vincula sobre todo un ideal regulativo a partir de la normativa principialista constitucional, ha articulado los reclamos del procedimentalismo con aquellos de versiones sustantivas acerca de los ideales morales que constituyen los resultados del consenso.

La sustantividad propia del lenguaje moral con el cual se redactaron los principios de la Constitución, así como las reglas que se establecieron posteriormente para protegerlos, hacen que en la configuración local de la democracia deliberativa se haya omitido la discusión procedimental-sustantiva que configuró el inicio del modelo deliberativo de la democracia. Alguna de las reglas del procedimiento legislativo que resulte vulnerada en un caso concreto acarrea la inconstitucionalidad de la medida solo si se comprueba la afectación del principio que resguarda. El criterio jurisprudencial es que la observancia de las normas reglamentarias del trámite legislativo no es un fin en sí mismo, debido sobre todo a la primacía de lo sustancial sobre lo formal. En este sentido, se declararon conforme a la Constitución distintas leyes que, si bien habían incumplido requisitos formales, se probó que no se habían violentado principios. En uno de los casos, por ejemplo, si bien hubo un error en la *Gaceta del Congreso* sobre la fecha de la sesión en la cual se aprobó un proyecto de ley, se estableció que a pesar de lo argumentado en la acción pública de inconstitucionalidad fue un error irrelevante. Publicar una fecha incorrectamente configura un vicio insubsanable solo si compromete algún principio constitucional, dijo la Corte. La legitimidad del derecho depende de la naturaleza democrática del procedimiento legislativo, que es, en últimas, el que posibilita el consenso. Una concepción procedimental de la justificación política puede respaldar tanto la mejoría moral y epistémica de la deliberación democrática, a la vez que se toma en consideración el pluralismo.⁷⁴⁹

En este contexto se puede afirmar que el constitucionalismo colombiano adopta un modelo deliberativo de democracia desde dos perspectivas: el diseño orgánico, debido a la consagración constitucional de principios defendidos desde uno de los planteamientos centrales del modelo, y a la concepción de los principios como esenciales en el proceso político de formación de la voluntad legislativa; y la configuración jurisprudencial, toda vez que se ha establecido una línea jurisprudencial que incorpora los elementos medulares de la doctrina deliberativa para estructurar los criterios relacionados con la forma como se deben realizar los debates parlamentarios. Se

⁷⁴⁹ Habermas, Jürgen, “Soberanía popular como procedimiento”, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.

ha tomado cada vez mayor conciencia de que el principio de mayorías no lo resuelve todo en una democracia constitucional.

Desde el proceso de cambio constitucional en 1990 los principios cardinales de la democracia deliberativa han orientado la configuración del ordenamiento constitucional colombiano. Al haber sido la primera ocasión en la que se eligieron funcionarios públicos por circunscripción nacional para redactar una nueva Constitución, y debido también a los acontecimientos de naturaleza económica, jurídica, política y social que antecedieron la votación y las deliberaciones de la Asamblea, la ideología pluralista y, por lo tanto, la tolerancia y la inclusión, fueron valores que se reivindicaron permanentemente y dotaron de amplia representatividad al resultado de las deliberaciones; es decir, a la Constitución.

No sólo la consagración en la Constitución de normas iusfundamentales y principios, sino sobre todo el desarrollo jurisprudencial que ha interpretado y concretado tal normativa sustantiva y reglamentaria en sentencias, ha establecido una serie de estándares para el desarrollo legislativo de conformidad con los mandatos constitucionales. La jurisprudencia constitucional ha reafirmado la aspiración institucional plasmada en 1991 de que los procesos de toma de decisiones en el escenario público estén regidos por un modelo deliberativo de democracia que complemente los principios representativos con los participativos en el marco de una Constitución que es, al tiempo, normativa, porque establece límites y vínculos a los poderes públicos; valorativa, porque consagra principios y valores; e ideológica, porque tras de sus provisiones de naturaleza moral hay una ideología liberal que estableció como máxima de realización, tanto el modelo ideológico del Estado social de derecho como el principio del goce efectivo de los derechos. Debido a lo complejas que son las sociedades contemporáneas, no resulta viable contar con modelos directos de democracia, por lo cual la aspiración por un modelo deliberativo comporta que los representantes del pueblo ante las instancias de decisión política puedan “perfeccionar y extender” o “filtrar” la voz pública, como expresó Madison.

III. PRESUPUESTO DE INCONSTITUCIONALIDAD POR ELUSIÓN DELIBERATIVA

El sentido de las disposiciones constitucionales y reglamentarias sobre el trámite parlamentario para la formación de leyes y actos legislativos es procurar que las normas que nacen al ordenamiento y las que modifican las existentes sean producto de una decisión mayoritaria adoptada luego de una delibera-

ción democrática en la cual se han respetado los derechos de igual participación de las minorías, así como los principios de transparencia y publicidad.⁷⁵⁰ La deliberación en el Congreso no sólo ha de ser amplia y vigorosa, sino también lo más transparente y racional posible.⁷⁵¹ Sólo un procedimiento regido por los principios que reivindica el ideal deliberativo, y que ha incorporado el constitucionalismo colombiano, está en capacidad de producir normas imparciales y con un mayor sentido de justicia respecto de cualquier otro mecanismo.

Los principios de identidad y consecutividad protegen elementos esenciales de la Constitución, como el principio democrático, el de publicidad y el deliberativo. La jurisprudencia ha sido rigurosa en mayor medida al exigir el cumplimiento de las reglas formales para el trámite parlamentario, pero sobre todo la garantía a derechos y principios que amparan a las minorías políticas. En el paradigma neoconstitucional el derecho se ha mostrado como un instrumento contrahegemónico, y así lo ha estructurado la Corte en sus sentencias en este campo. La defensa permanente del precepto constitucional en virtud del cual el fin del Estado es la realización de los derechos, no sólo ha preservado los consensos constitucionales, sino también edificado un estándar para la consideración legítima y verdaderamente democrática de las leyes, y sobre todo de los actos reformatorios constitucionales.

La Corte no sólo ha receptado elementos teóricos defendidos por los partidarios del modelo deliberativo, sino que ha desarrollado los planteamientos constitucionales y reglamentarios relativos al tipo de procedimiento que se debe surtir en el Congreso para que un proyecto se transforme en ley o en acto legislativo. En su lectura del modelo deliberativo ha estructurado una línea jurisprudencial en virtud de la cual hay un poderoso presupuesto de inconstitucionalidad cuando en el examen que adelanta la Corte, por control previo o ante demandas por acción pública, de cualquier medida proveniente del Legislativo, surge un vicio que acarrea la declaratoria de inconstitucionalidad de la medida. En este contexto surgió la doctrina sobre elusión deliberativa, conforme a la cual no puede omitirse, amañarse o simularse la deliberación parlamentaria en general, ni puede vulnerarse la igual oportunidad de participación política, en particular. La doctrina salvaguarda principios caros del constitucionalismo contemporáneo, que en

⁷⁵⁰ El requisito de la publicidad se puede sustituir reproduciendo el documento por cualquier medio mecánico para distribuirlo entre los miembros de la célula legislativa que los va a discutir. Este criterio se estableció en la sentencia C-760 de 2001 y se ha seguido en muchas otras, tales como en las sentencias: C-179 de 2002, C-370 de 2004, C-665 de 2007, C-1039 de 2004, C-168 de 2012 y C-252 de 2012.

⁷⁵¹ Sentencia C-737 de 2001.

Colombia se incorporaron al discurso y la dogmática constitucionales, al consagrarse en la Constitución, al desarrollarse mediante la jurisprudencia y al incorporar al bloque de constitucionalidad, tales como igualdad, dignidad, consulta previa, transparencia, publicidad, razonabilidad y motivación, en tanto elementos esenciales del principio deliberativo en el trámite legislativo. Se acoge el principio democrático que configura un espacio para la formación discursiva de la opinión, y donde los ciudadanos ejercen el derecho a la autodeterminación política.

Con la línea jurisprudencial sobre elusión deliberativa, estructurada desde el inicio de labores de la Corte y hasta importantes sentencias recientes, se regula el debate respecto de su importancia procedimental para que se tenga la oportunidad de deliberar suficientemente. Los ideales deliberativos se resguardan mayormente si se ampara la oportunidad efectiva de intervenir, luego de publicitado y estudiado el proyecto respectivo, en igualdad de condiciones y sin restricciones discriminatorias. Aunque la concepción deliberativa de la democracia es normativa y tiene un fuerte contenido prescriptivo, los fines de las sesiones de debate y las deliberaciones que en ellas se desarrollan no son sustantivos. La Corte, en su respeto al margen de acción del Congreso, ha sostenido que su estándar, aunque riguroso, se concentra en la verificación del cumplimiento de las normas que regulan el trámite parlamentario, pero sobre todo de los principios que ellas amparan. Así, las reglas del procedimiento legislativo no tienen razón de ser en sí mismas, sino en los principios que garantizan, tales como la libertad de expresión, la igual consideración de los legitimados para intervenir en la configuración de la medida, la promoción de la participación de las propuestas entre los potencialmente afectados, la exposición de los principios o la evidencia de los intereses que fundamentan las propuestas, la posibilidad de cambiar el proyecto si deliberativamente se alcanza un nuevo consenso e impedir el trámite de iniciativas que restrinjan indebidamente la participación.

La deliberación se debe entender respetada cuando los intervinientes en el trámite de adopción de una norma tuvieron la posibilidad de controvertirla libremente. La Corte debe resguardar que durante el trámite parlamentario de los proyectos se tenga la oportunidad de intervenir en la deliberación, en tanto presupuesto del juego democrático. La autonomía, como se ha sostenido desde Mill, es el fundamento de la legitimidad del poder político. La línea jurisprudencial que han constituido los precedentes en la materia consagra la necesidad de la oportunidad de deliberación parlamentaria y la cual se afina en una de las justificaciones más profundas de la jurisdicción constitucional, como es la protección de la formación en el Congreso de una voluntad democrática imparcial y reflexiva producto de la

deliberación en las sesiones de debate en pleno cumplimiento de los requerimientos reglamentarios.

Las subreglas que se han consolidado en virtud de la línea jurisprudencial tienen los efectos de una norma jurídica de naturaleza procedimental por lo cual han sido usadas en fundamento de decisiones que la vinculen, no sólo por la propia Corte en respaldo de sus precedentes conforme a la tesis optimista del carácter vinculante de la jurisprudencia que se ha suscrito en Colombia, sino también progresivamente por el Congreso acatando los estándares de constitucionalidad respectivos. Se ha reivindicado jurisprudencialmente la exigencia, no a surtir deliberaciones efectivas o en las cuales se deba llegar a determinados resultados sustantivos, sino a que haya una igual oportunidad de deliberación. Las sesiones de debate exigidas reglamentaria y constitucionalmente, así como la deliberación en su interior, se cumplen con el sometimiento a consideración de un proyecto en la respectiva comisión o plenaria, y con su desarrollo conforme a la normativa que establece fundamentalmente tiempos para difundir el proyecto y entre sesiones, y la prohibición de establecer regulaciones discriminatorias en el uso de la palabra.

No se constata un debate cualificado ni sustantivamente se analiza cómo se desarrolló, lo cual es materia discrecional del Legislativo. Además de la exigencia constitucional de la deliberación y del procedimiento establecido en el Reglamento del Congreso, es imperativo no perder de vista que la jurisprudencia ha insistido en que lo esencial es agotarlos efectivamente, y no emular la deliberación o llevarla a cabo de forma irreglamentaria para que pueda predicarse la validez y legitimidad de lo actuado, de modo tal que si se vicia de inconstitucionalidad una la ley o acto debido a su trámite, pueda ser declarado contrario a la Constitución por la Corte.

La discrecionalidad que la Corte dispensa a los órganos representativos en diversas materias, se reconoce cuando acontecen casos donde no hay una afectación de derechos probada y cierta, y subsiste al tiempo una polémica razonable entre los especialistas en la respectiva materia por los medios idóneos para alcanzar fines determinados. El criterio de análisis consiste en verificar la constitucionalidad de los fines y, luego, la suficiente y debida deliberación parlamentaria en la cual se hayan expuesto diversas perspectivas, implicaciones, argumentos y contraargumentos por todos los facultados para hacerlo sin restricciones arbitrarias.⁷⁵²

⁷⁵² El principio tras el criterio constitucional de deferencia judicial frente al Legislativo por las medidas que adopta luego de un proceso deliberativo puede expresarse como se hizo en Estados Unidos cuando se debatió en 2003 una norma que prohibía los abortos por

En este sentido, por ejemplo, si se respeta el ideal deliberativo en la política tributaria se puede asegurar la efectividad del principio de no tributación sin representación, los principios de progresividad y equidad, sino también que en sede del examen de proporcionalidad se tomen las decisiones con pleno conocimiento acerca de la legitimidad constitucional del fin buscado y la adecuación de los medios para conseguirlos. Sin la posibilidad de deliberar acerca de normas tributarias se afecta gravemente el sistema jurídico como tal. En el caso de una de las sentencias analizadas,⁷⁵³ no sólo se amplió la base del IVA a productos de primera necesidad, afectando así principios de justicia, equidad y progresividad, y el derecho fundamental del mínimo vital, sino que se vulneró la debida deliberación, lo cual se agrava porque implicaba un cambio sustancial en el sistema tributario, toda vez que se había deliberado extensamente en casos anteriores por parte del mismo Congreso respecto de la necesidad de que la decisión de gravar bienes o servicios de primera necesidad exige una previsión razonada y ecuaníme que proviene luego de un proceso deliberativo.

Las subreglas no han sido usadas de forma severa, lo cual vulneraría competencias del Congreso, restringiría espacios de deliberación democrática y cerraría las puertas a la dinámica política en la formación de las leyes. Contrariaría de hecho la voluntad de la propia constituyente si la Corte estableciera una versión sustantiva del debate o materialmente exigente de la forma como se debe desarrollar en el Congreso. La disminución de la rigidez del procedimiento parlamentario respecto de la versión establecida por la Constitución de 1886 se compensó con un sistema de democracia deliberativa, en el cual las exigencias procedimentales consagradas son menores, porque adicionalmente se articulan con la prioridad de lo sustantivo sobre lo procedimental. Las reglas procedimentales tienen principios subyacentes que se articulan con las virtudes que al procedimiento legislativo le otorga la deliberación, desarrollada de conformidad con determinados presupuestos (por ejemplo, la debida formación de la voluntad del órgano Legislativo y el respeto a la regla de mayorías) y con normas que orientan el desarrollo del procedimiento (por ejemplo, principios de consecutividad y de unidad de materia).

nacimiento parcial. “La Corte Suprema tiene una larga historia, particularmente en el área de los derechos civiles, de deferencia a las conclusiones fácticas del Congreso. Al hacerlo, la Corte ha reconocido que el Congreso, debido a su estructura institucional, es más apropiado que el poder judicial para evaluar hechos sobre los cuales se diseñan determinaciones relativas a las políticas”. Observación del representante Sensenbrenner, *cit.* en Post, Robert y Siegel, Reva, “Roe Rage”, *42 Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 373, 2007, p. 386.

⁷⁵³ Sentencia C-776 de 2003.

La falibilidad humana, las lógicas perversas que muchas veces dominan la conformación de la voluntad mayoritaria en el Congreso y la eventual influencia de prejuicios, articulado con la flexibilización de las normas reglamentarias del procedimiento legislativo, son razones para proponer, incentivar y proteger los mecanismos que contribuyan a mejorar el procedimiento de toma de decisiones para así procurar corregir las decisiones políticas de eventuales errores lógicos y fácticos, de falta de información, de perspectivas particulares o afectadas por prejuicios. Las virtudes que al proceso parlamentario le otorga la deliberación contribuyen en la adopción de normas que tendrán más probabilidades de respetar los principios constitucionales.

La línea jurisprudencial sobre elusión deliberativa constituye un interesante caso en el que, al contrario de lo que muchas veces se afirma inopinadamente por analistas o columnistas de opinión, la Corte Constitucional ha dispensado respeto por la competencia legislativa para tomar las principales decisiones sobre temas de relevancia nacional. Sólo en casos de manifiesta y probada vulneración de derechos que afectan a una población plural de personas por un tiempo indefinido y, sobre todo, respecto de la cual no se han tomado medidas que permitan avizorar un remedio en la situación, la Corte subsidiariamente ha tomado correctivos. El ejemplo paradigmático en este tipo de situaciones es la doctrina del estado de cosas inconstitucional. Esta doctrina y el procedimiento de impartir órdenes complejas ha servido también de forma importante para garantizar los derechos sociales a partir de su aplicación directa.

Otros casos progresistas han solido respetar no obstante las competencias del gobierno y el Legislativo para tomar las decisiones con las cuales remediar la situación, concentrando el control constitucional en la verificación de la formulación de la política, de su implementación y de su impacto. El control de constitucionalidad es, como son los consensos en sociedades plurales, de mínimos necesarios y no de máximos posibles. La Corte optó respecto del deliberativismo por un principio de minimalismo judicial; es decir, por una doctrina de decisión judicial conforme a la cual las cortes, en lugar de ejercer elevados controles sustantivos, deben al tiempo —además de su función ordinaria como legisladores negativos— consolidar precedentes y catalizar la deliberación ciudadana propiciando espacios para su desarrollo. La doctrina sobre elusión deliberativa es un buen ejemplo de la recepción de la filosofía de la restricción judicial en Colombia.

El criterio constitucional de elusión deliberativa se halla en el extremo donde la Corte ha fijado el límite del margen de configuración legislativa del Congreso. Por esta razón ha sido expresa en señalar que puede haber votación sin deliberación sin que ello implique necesariamente la ocurrencia de

un vicio de inconstitucionalidad, toda vez que se haya dado la igual oportunidad efectiva de intervenir a los facultados y las normas para el desarrollo de la sesión no adolecieron de discriminación alguna. La línea jurisprudencial en este sentido no sólo ha fijado un criterio claro de análisis constitucional, sino que también ha constituido un cuerpo argumentativo acerca del amplio margen que la Constitución le confiere al Congreso. Con la línea jurisprudencial sobre elusión deliberativa la Corte ha pugnado por el resguardo de los principios que consagran las normas procedimentales, más que por el grado en el cual se satisfagan o alcancen determinados principios morales al final de las deliberaciones. Del hecho de que para alcanzar la legitimación política no se exija un determinado contenido axiológico o principialista dentro del contenido de las normas no se deriva que principios y valores estén ausentes de dicho examen. Se sitúa en cambio el control en el respeto a valores y principios, tanto en aquellos que consagran las normas que regulan el trámite parlamentario como en aquellos que se constituyen en los diques por donde debe fluir la fuerza de las mayorías.

Si bien la Corte ha establecido parámetros y estándares para orientar la creación legislativa del derecho, no ha adoptado grandes teorías cuando interpreta la Constitución para decidir casos sobre control al procedimiento parlamentario. Cuando analizó por ejemplo la constitucionalidad de la reforma laboral que ampliaba la jornada diurna, reducía los recargos en festivos e introducía la jornada laboral flexible, no defendió una determinada teoría económica sobre cómo aumentar el empleo ni una determinada teoría moral sobre igualdad o justicia social. Sentó en cambio un criterio sobre suficiente deliberación y disparidad en conclusiones fácticas. Adoptar teorías generales o acuñar principios particularmente abarcativos impondría, a la larga, exigencias sustantivas sobre los resultados de la labor del Congreso. Si bien la Constitución no está petrificada en el tiempo, y particularmente en el momento de su adopción, ni cuenta con una interpretación que quedó congelada cuando se suscribió el texto, un amplio ejercicio del Poder Judicial se ha defendido como poco adecuado. En lugar de establecer reglas sustantivas conforme a principios que se sientan respecto de máximos normativos, la Corte ha tomado las principales decisiones en materia de elusión de debate centrada en las normas y en los hechos de cada caso.

La Corte no interfiere para que las fuerzas políticas que buscan una decisión legislativa acudan al principal espacio de razón pública, al Congreso, para presentar sus razones y para considerar las razones de quienes se les oponen. Luego del procedimiento legislativo debidamente desarrollado, el margen de acción es amplio. La Corte reconoce, siguiendo ideales normativos, que la deliberación se constituye en un incentivo para que los distintos

grupos trasciendan la defensa estrecha de sus intereses y sus concepciones específicas, toda vez que deben desarrollar justificaciones públicas de sus iniciativas. Esta razón fundamenta que, como concepto procedimental de democracia en el marco de una democracia constitucional y de un sistema jurídico constitucionalizado, la línea jurisprudencial sobre elusión deliberativa contiene como principal elemento normativo la oportunidad de participación y, de esta forma, la consideración de que la importancia del respeto a las normas reglamentarias del trámite parlamentario radica en que desarrollan valores y principios constitucionales.

La normativa relativa al procedimiento legislativo se debe cumplir porque, en parte fundamental, en ella recae la consideración como democrático de un régimen político. Si bien la votación es el mecanismo que realiza la prevalencia de las mayorías —principio también consustancial a la democracia—, la posibilidad de deliberación en las sesiones de debate, siendo un aspecto esencial de la sesión de debate, posibilita la intervención y expresión de las minorías. La prevalencia de las mayorías se realiza mediante la votación, que debe estar precedida de la oportunidad efectiva de deliberación de los legitimados en condiciones de libertad e igual oportunidad de participación para garantizar también la regla de minorías.⁷⁵⁴

En este sentido, el progresismo por el que aboga el neoconstitucionalismo es dialógico. Si bien los tribunales tienden puentes entre la normativa constitucional y la realidad social, deben hacerlo conscientes de la importancia de dicha interacción. La forma más adecuada en la cual los tribunales desempeñan su función institucional es articulándose como partes en un extenso diálogo en virtud del cual responden no sólo al estado de derecho y los principios de legalidad y seguridad jurídica, sino también ante las perspectivas populares de los valores constitucionales. Contribuyen así en la incorporación de tales valores al derecho. En los sistemas jurídicos constitucionalizados las democracias necesitan de un Estado de derecho fuerte, pero también de que el diálogo constitucional sea fluido y constante.

La implementación de un sistema de democracia deliberativa tiene dentro de sus efectos positivos la orientación de la acción política a partir de principios constitucionales. A pesar del intenso y permanente desacuerdo sobre su significado, la Constitución está en capacidad de inspirar lealtad, sobre todo entre los ciudadanos cuyas perspectivas sobre el derecho no son las que prevalecen si se mantienen abiertos canales deliberativos que permitan presentar perspectivas constitucionales y esgrimir argumentos en su sustento, distintas de aquellas prevalecientes en un momento determinado.

⁷⁵⁴ La ley 5a. de 1992, artículo 2o., consagra ambas reglas.

Los principios constitucionales son mandatos de optimización generales, precisamente porque establecen una normativa amplia para que la opción de la deliberación en torno a cuestiones contenciosas constitucionales, se conserve permanentemente abierta. Ésta es una de las ideas principales del movimiento denominado “constitucionalismo democrático”. La posibilidad permanente de contribuir a configurar el significado de la Constitución permite comprender en parte por qué la pueden reconocer como propia ciudadanos y grupos políticamente distanciados.