



COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Estrada-Vélez, S. (2024). Editorial. Democracia, control al poder y autonomía judicial. La misión del juez en el Estado constitucional de derecho. *Jurídicas*, 21(2), 7-11.
<https://doi.org/10.17151/jurid.2024.21.2.1>

EDITORIAL

Democracia, control al poder y autonomía judicial. La misión del juez en el Estado Constitucional de derecho

SERGIO ESTRADA-VÉLEZ* |

Los editores me han honrado con la invitación a realizar la editorial del presente número. La trayectoria de la revista y la calidad de sus textos, fueron la principal razón para aceptarla. Para todos ustedes mi profundo agradecimiento.

Sería poco honesto fungir de experto en los temas abordados en los textos y tratar de realizar de manera responsable un comentario a cada uno de ellos. Sus autores me sabrán perdonar. Sin duda, un lector ávido por el conocimiento encontrará temas de gran relevancia nacional y transnacional, como la protección de la democracia y los derechos del elector frente al uso irregular de las redes sociales; la protección de los derechos de los agricultores frente a la propiedad industrial de variedades vegetales, el seguro de responsabilidad civil como herramienta para resolver la tensión entre los derechos del trabajador y el patrimonio del empleador; la protección del derecho de acceso a la justicia de los niños y adolescentes en la Amazonía peruana; una importante reflexión en relación con el “compliance

corporativo” o la responsabilidad de las personas jurídicas por fraude a la ley; la constitucionalización del derecho civil a través del estudio de la capacidad del menor para decidir sobre sus propios procedimientos médicos; el derecho a la libertad de expresión de los servidores públicos (que lo podríamos conectar con el derecho a la objeción de conciencia que consideramos le asiste a los mismos); el derecho fundamental al amor reconocido en el artículo 44 de nuestra Constitución política a través del estudio de la socioafectividad de los niños niñas y adolescentes; el uso y beneficios de la inteligencia artificial en la imposición de medidas de aseguramiento; un interesantísimo análisis de los derechos humanos en China que nos recuerda el escrito de Ferrajoli: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, en el que advierte los

* Doctorando Universidad de Jaen, magíster en derecho. Director del Centro Colombiano de Estudios Constitucionales. Medellín, Colombia.
E-mail: sergioestradavelez@gmail.com
Google Scholar.
ORCID: 0000-0003-4979-6591



peligros de una universalización de los derechos fundamentales; la afectación del derecho humano a la seguridad alimentaria de la pesca ilegal como actividad propia del crimen organizado transnacional; los retos del presidencialismo a partir de los acontecimientos en Brasil del 8 de enero del 2023, en el que seguidores de Bolsonaro se opusieron a la victoria de Lula da Silva, y, finalmente, una importante reflexión acerca de la tensión entre la democracia y el control judicial. Sin duda, este número rebosa de contenidos profundos, pertinentes y de interés transnacional.

Entre tan valiosos trabajos emerge uno que funge de anzuelo para capturar la atención de cualquier profesor de derecho constitucional: la tensión entre la democracia y el control constitucional, no solo por su valor académico, sino, además, por su pertinencia en relación con la constante infracción del derecho humano que tienen los jueces a la independencia judicial, que representa un debilitamiento de los más importantes compromisos que asumen los jueces: limitar el ejercicio del poder y garantizar el derecho sustancial (derechos fundamentales y principios jurídicos)¹.

Siempre me ha llamado la atención advertir que en el desarrollo de las discusiones entre los defensores de la opción parlamentaria (deliberativistas) y los defensores de la opción contramayoritaria (mayores facultades al juez), parece que se olvida un aspecto fundamental: los contextos en los cuales se desarrolla dicha tensión. Se puede plantear una sencilla fórmula: el mayor o menor peso de una u otra posición dependerá de la mayor o menor confianza que exista en el órgano parlamentario o en el órgano jurisdiccional. En otros términos, la mayor legitimidad del órgano legislativo permitirá inclinar la balanza en favor del respeto por la ley; por el contrario, una mayor desconfianza autoriza la intervención del juez a través del control constitucional.

Igualmente, se deja de lado un aspecto fundamental referido a las expectativas que se tienen frente a los jueces al momento de ejercer el control constitucional y que están atadas a una pregunta básica y es la siguiente: ¿cuál es la misión del juez en el estado constitucional de derecho: aplicar o decidir?

Una es la exigencia de que el juez controle formal y materialmente el desarrollo del debate político en temas en los que la esfera de lo decidible está intervenida por directrices como el interés general, el bien común o un “estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad” (Dworkin, 1984, p. 72); y otra muy distinta, es la exigencia de la intervención del juez en aquellos momentos en los que la mayoría, en nombre de ese interés general o bien común, termina desconociendo el derecho sustancial, hoy representado por las garantías fundamentales y los

¹ Señala Ferrajoli (2001): “si la primera revolución se expresó mediante la afirmación de la omnipotencia del legislador, es decir, del principio de mera legalidad (o de legalidad formal) como norma de reconocimiento de la existencia de las normas, esta segunda revolución se ha realizado con la afirmación del que podemos llamar principio de estricta legalidad (o de legalidad sustancial). O sea, con el sometimiento también de la ley a vínculos ya no solo formales si no sustanciales impuestos por los principios y los derechos fundamentales contenidos en las constituciones” (p. 66).

principios constitucionales a los cuales deben estar subordinadas las leyes en tanto que fungen de criterios de validez (Ferrajoli, 2016).

En otros términos consideramos difícil evaluar la pertinencia o no del control judicial si no se distinguen entre dos aspectos: el primero, el propósito que se busca alcanzar o proteger en el desarrollo del control constitucional: controlar la potestad de configuración del legislador al momento de crear la norma general abstracta e impersonal y, concretamente, su poder de reforma frente a aspectos políticos y ante aspectos sustanciales; y el segundo, la protección de los principios constitucionales y los derechos fundamentales claramente infringidos en abstracto o en un caso concreto.

En ese mismo sentido consideramos complejo intentar desatar esa tensión sin la aclaración previa que debería hacer cada autor en cuanto al tipo de control judicial al cual hace referencia: concentrado o difuso; esto es, las críticas a la opción contramayoritaria dependerá del modelo de control constitucional y de la mayor o menor posibilidad de intervención del juez en la deliberación política. En términos más sencillos, ese debate sufrirá importantes variaciones según sea, por ejemplo, la labor de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Argentina, la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos o la Corte Constitucional en Colombia.

Es claro que en el control concentrado no existe otra alternativa distinta que depositar plena confianza en los tribunales constitucionales, esperando que serán respetuosos del principio o potestad de configuración normativa a cargo del legislador. En tanto que, en el control difuso, el temor es menor en tanto que se dirige no a evaluar, calificar o controlar la voluntad del legislador, sino a proteger los derechos y principios jurídicos en un caso concreto, frente a una aplicación racional de la ley que genere efectos contrarios a ellos.

Quienes hemos analizado y tenido alguna experiencia en el litigio ante nuestra Corte Constitucional, debemos concluir que el principio de potestad de configuración del legislador torna absolutamente incierto el destino final del control constitucional. En ocasiones parece ser una “carta bajo la manga” que se presenta cuando no se quiere ejercer un control a la actividad del legislador ante los casos de más clara infracción constitucional. Esto es visible en aquellos eventos en los que existe una tensión entre el interés general y los derechos fundamentales², tensión que es menor, casi inexistente, en el desarrollo del control difuso, en la medida que el objeto es determinar que los efectos de la ley no representen la violación de derechos fundamentales en un caso concreto, esto es, no es un cuestionamiento

² Un ejemplo, que como intervinientes (se puede ver el texto en <https://www.cecec.co/decreto-546>) aún lamentamos, fue el tímido control al ejecutivo como legislador de emergencia realizado a través de la Sentencia C-255 de 2020, por la cual se desarrolló el estudio de la constitucionalidad del Decreto 546 de libertad transitoria. Las excepciones allí establecidas y la violación de la presunción de inocencia en nombre del bien común o la seguridad ciudadana, representó una clara omisión del control constitucional.

a la labor del legislador, sino un reconocimiento de sus límites humanos ante la imposibilidad de prever las particularidades de un caso concreto.

Las anteriores aclaraciones las consideramos pertinentes en atención a los efectos perversos que ha generado esa discusión entre los defensores de la opción deliberativista y de la opción contramayoritaria en el contexto colombiano, en tanto que la falta de contextualización, como filtro a la pertinencia de los diferentes puntos de vista, se ha entendido como una negación de una de las más importantes funciones del juez, la cual es delimitar el ejercicio del poder.

Es incómodo advertir el contraste entre las expresiones de orgullo por tener un gran modelo de control constitucional y la realidad que refleja un gran temor del juez al momento de aplicar la excepción de inconstitucionalidad o la excepción de principalidad. Además de la falta de compromiso de parte de los responsables de administrar justicia, la causa principal es la ya ausencia de un consenso acerca de una pregunta liminar: ¿cuál es la labor del juez en el Estado constitucional? Precisamente, consideramos que la discusión entre ambos “bandos”, debe partir de la resolución a una pregunta básica referida a las tareas que debe asumir el juez en el marco del Estado social y constitucional de derecho colombiano. Si se considera que el juez está llamado a aplicar la ley, menos espacio tendrá para el ejercicio de una opción contramayoritaria; si, por el contrario, se considera que el juez decide con fundamento en el ordenamiento jurídico, debiendo respetar el derecho sustancial conformado básicamente por derechos fundamentales y principios jurídicos, inevitablemente se le otorgará al juez un mayor rango o margen decisional.

De la misma manera en la que hay que tener en cuenta la mayor o menor confianza en el órgano legislativo, es fundamental analizar la mayor o menor confianza que merecen nuestros jueces. Este es uno de los temas más complejos y olvidados dentro de la sociología jurídica, la dogmática jurídica y, en especial, la constitucional. Si no se confía en los jueces, por supuesto que pocas facultades se le podrán otorgar al momento de controlar la ley, sea en una fase abstracta o concreta. Si, por el contrario, se confía en los jueces, la intensidad de la crítica deliberativista será menor. La pregunta más compleja es: ¿en Colombia, qué tanto podemos confiar en nuestros jueces? Mi respuesta está entre: no hay otra opción o no hay mejor opción.

Otro aspecto fundamental, quizá de la mayor importancia y que no se ha tenido en cuenta en el desarrollo de esa discusión, es la mayor o menor necesidad de proteger los derechos fundamentales o salvaguardar el ordenamiento jurídico. Una simple mirada a la realidad colombiana permitiría concluir que no existe otra alternativa distinta que confiar en los jueces para el cumplimiento de esa labor. Lo preocupante es observar la manera en que rehúyen a ese compromiso por el temor a incurrir en una sanción disciplinaria o en una investigación por prevaricato, temor por demás injustificado en tanto que lo único que refleja es el desconocimiento del constitucionalismo y de una teoría del derecho constitucionalizada.

En síntesis, la discusión entre la opción democrática (deliberativa) y la opción jurídica (contramayoritaria), exige tener en cuenta:

1. El modelo político.
2. La función del juez en ese modelo político.
3. La naturaleza del control (concentrado o difuso).
4. La mayor o menor confianza en el órgano legislativo y judicial.
5. La realidad social, que es la que finalmente sirve de baremo para determinar el mayor o menor peso de una u otra opción.

Quedará para otra oportunidad compartir algunas reflexiones acerca del neoconstitucionalismo en Colombia o, más concretamente, de los perversos efectos de emplear el neoconstitucionalismo de posguerra, específicamente el ideológico, al momento de comprender el fenómeno constitucional en Colombia. Ese grave error ha promovido que la inevitable y necesaria constitucionalización del derecho se esté asumiendo como una opción o postura ideológica y no como un imperativo para todos los abogados. Los efectos para el desarrollo del derecho fundamental de acceso eficaz a la administración de justicia han sido nefastos.

No queda nada más que agradecer la paciencia que han tenido los autores, editores y lectores frente a este texto, que más que una exploración dogmática o profunda, representa la preocupación del autor frente a una dura realidad social y constitucional.

A todos, mi profundo agradecimiento.

Referencias bibliográficas

- Colombia, Corte Constitucional. (22 de julio de 2020). Sentencia C-255 de 2020. [MP Diana Fajardo Rivera]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-255-20.htm>
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. (M. Guastavino, trad.). Ariel.
- Estrada, S. (2023). *La excepción de principialidad o los principios en serio. El control constitucional a partir de los principios jurídicos*. LijurSánchez.
- Ferrajoli, L. (2001). *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2016). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Trotta.