



Volume 28

2022

Presidente Prudente/SP

ISSN 1516-8158

CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE

Reitora e Pró-Reitora Acadêmica: Zely Fernanda de Toledo Pennacchi Machado
Pró-Reitora Financeira: Maria do Carmo de Toledo Pennacchi
Pró-Reitora Administrativa: Maria Inês de Toledo Pennacchi Amaral

REVISTA INTERTEMAS

Linha editorial: Relações Sociais e Ambientais para uma Sociedade Inclusiva
Temática: Direitos Humanos, Meio Ambiente e Desenvolvimento
Periodicidade semestral

EDITORES

Carla Roberta Ferreira Destro (TOLEDO PRUDENTE)
Sérgio Tibiriçá Amaral (TOLEDO PRUDENTE)

COMISSÃO EDITORIAL

André Simões Chacon Bruno (USP)
Alessandra Cristina Furlan (UEL)
Alfonso Jaime Martínez Lazcano (SNI-CONACYT)
Dennys Garcia Xavier (UFU)
Daniela Braga Paiano (UEL)
Felipe Rodolfo de Carvalho (UFMT)
Haroldo de Araujo Lourenço da Silva (UFRJ)
Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro (TOLEDO PRUDENTE)
Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador (UENP)
Wladimir Brega Filho (FUNDINOPI)
Ana Carolina Greco Paes (TOLEDO PRUDENTE)

EQUIPE TÉCNICA

Delaine de Oliveira (Secretária –TOLEDO PRUDENTE)

Versão eletrônica

ISSN 2176-848X

Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS>

Indexadores e Diretórios

Latindex folio 14938

Sumários de Revistas Brasileiras código 006.064.819

Permuta/Exchange/Échange

Biblioteca “Visconde de São Leopoldo” – TOLEDO PRUDENTE

Praça Raul Furquim nº 9 – Vila Furquim

CEP 19030-430 – Presidente Prudente / SP

Contato

Telefone: +55(18)3901-4004 E-mail: nepe@toledoprudente.edu.br

Intertemas: Revista da Toledo, v. 28 – 2022

Presidente Prudente: Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo”. 2022. 21cm Revista do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente (SP)

1.Direito – Periódicos CDD – 340.5
ISSN 1516-8158

SUMÁRIO/CONTENTS

AS CONTRIBUIÇÕES DO REPUBLICANISMO INGLÊS PARA ESTRUTURAÇÃO DO PENSAMENTO CONSTITUCIONALISTA CONTEMPORÂNEO.....05

LEITE, Leonardo Delatorre
MORAES, Gerson Leite de

ANÁLISIS SOBRE LA RAZONABILIDAD EN LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES.....21

HERNÁNDEZ, Joe Caballero

A RELAÇÃO DA PETROBRAS COM O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO: UM ESTUDO SOBRE FATOS E MEDIDAS QUE INFLUENCIAM A VINCULAÇÃO.....38

SANTOS, Diego de Medeiros
FRANÇA, Vladimir da Rocha

DA SUPRA-CONSTITUCIONALIDADE LEGISLATIVA TRIBUTARIA E A NORMATIZAÇÃO DE TRIBUTOS POR INSTRUMENTOS NORMATIVOS INTERNACIONAIS.....59

PEREIRA, Francisco Caetano
PRAZERES, Karla Luzia Alvares Dos
PRAZERES, Paulo Joviniano Alvares Dos

JUDICIALIZACIÓN DE LOS SUPERIORES EN LOS CASOS DE MACROCIMINALIDAD EN COLOMBIA: LÍNEA Y ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL...74

GONZÁLEZ, Álvaro Salgado
TARRÁ, Carolina García
SUA, Edgardo Serpa

OBRIGAÇÃO DE PROTEGER OS DIREITOS HUMANOS.....94

LAZCANO, Alfonso Jaime Martínez

DIREITO ESPACIAL E A APLICAÇÃO DA LEI PENAL: A REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO NO ESPAÇO SIDERAL.....118

MEDEIROS, Moisés Wilkison Santos de
BEZERRA, Tiago José de Souza Lima

A (DES)MANIPULAÇÃO DAS MASSAS: UM ESTUDO DO LETRAMENTO DIGITAL FRENTE HABERMAS E BOURDIEU.....135

OICHI, Camila Mayumi
LIMA, Gabriela Vernasch
DESTRO, Carla Roberta Ferreira

NOTA AO LEITOR

A 28ª Edição da Revista Intertemas mais uma vez se propõe a apresentar temáticas de relevância jurídica nacional e internacional.

Convidamos cada leitor a se debruçar nos temas propostos pelos pesquisadores. É com enorme satisfação que esta edição é publicada, levando ao conhecimento de todos o melhor da nossa pesquisa científica.

Nesta oportunidade publicamos também o artigo vencedor do 18º ETIC – Encontro Toledo de Iniciação Científica.

Desejamos uma ótima leitura.

Cordialmente,

Carla Roberta Ferreira Destro
Editora da Revista Intertemas

ANÁLISIS SOBRE LA RAZONABILIDAD EN LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES¹

HERNÁNDEZ, Joe Caballero²

RESUMEN

Este artículo es producto de una investigación realizada con el objetivo de analizar los fundamentos y críticas que se surten sobre el uso del control de constitucionalidad aplicando el principio de razonabilidad por parte de los tribunales constitucionales. Esta discusión surge en los ámbitos académicos por la posición contra mayoritaria que tienen los jueces constitucionales en la actualidad, ya que, el poder que consignan puede ser apreciado de forma imperativa o racional dependiendo del enfoque ideológico en el que se analice. Por consiguiente, analizaremos estas críticas y brindaremos soluciones viables para mejorar el modelo del control de constitucionalidad y el concepto de razonabilidad.

ABSTRACT

This article is an investigation carried out with the objective of analyzing the fundamentals and criticisms that are made about the use of the judicial review applying the principle of reasonableness on the part of the constitutional courts. This discussion arises in academic circles because the position against the majority that constitutional judge currently have, since the power they consign can be assessed imperatively or rationally depending on the ideological approach in which it is analyzed. Therefore, we will analyze these criticisms and provide viable solutions to improve the judicial review model and the concept of reasonableness used by constitutional courts.

PALABRAS CLAVES

Racionalidad judicial, Razonabilidad, voluntad contra mayoritaria, amicus curiae, control de constitucionalidad.

KEYWORDS

Judicial rationality, Reasonableness, will against majority, amicus curiae, judicial review.

¹ Este artículo es producto de una investigación realizada en el desarrollo de la maestría en derecho de la universidad de Cartagena, efectuada en un lapso de dos años con recursos propios, bajo la asesoría del director de Tesis Dr. Yezid Carrillo de la Rosa, Email: yezidcarrillo@hotmail.com, y la asesoría del Dr. Josep Joan Moreso de la Universidad Pompeu Fabra en Barcelona, España. Email: josejuan.moreso@upf.edu ; en el curso de una Estancia de Investigación Pre-doctoral en la misma Universidad, financiada por la Universidad de Cartagena.

² Abogado y Magister en Derecho, Universidad de Cartagena. Integrante y coordinador del grupo de investigación: *Teoría Jurídica y Derechos Fundamentales Phronesis*. Email: joecaballeroh@hotmail.com

1 INTRODUCCIÓN

En el nacimiento de los Estados de Derechos modernos el principal avance ideológico generado, tanto por la Revolución Norteamericana como la Revolución Francesa, fue indudablemente la derrota del poder absolutista mediante la creación del Estado, la concreción de Derechos al individuo y la división de los poderes públicos. Idea que se mantiene hasta nuestros días. En donde el *poder judicial*, puramente técnico, ejercido por jueces profesionales e independientes tendría el papel de aplicar del derecho dictado por el órgano legislativo.

Sin embargo, es importante resaltar que a pesar de tener esta idea principal como eje central en la construcción de los Estados modernos, existe una transformación funcional del papel judicial en mitad del siglo XX en todo el derecho de occidente, con la acotación de que Norteamérica ya tenía esa funcionalidad desde principio de siglo XIX, esta función consiste en ejercer una revisión constitucional de todas las leyes del Estado de Derecho. Dándole desde esta perspectiva una supremacía al poder judicial. Con esto, se han desbordado una serie de críticas sobre este nuevo papel supremo, en el que se considera que los jueces sentencian los casos constitucionales en contra de la mayoría democrática. En esta investigación demostraremos que a pesar de las críticas trascendentales que vamos a exponer, también existen mecanismos institucionales, que proponemos analizar, para resolver esas refutaciones. Esto lo haremos, mediante una metodología analítica-descriptiva y crítico-constructivista. Desarrollando una explicación del nuevo papel judicial; explicando el uso del control de constitucionalidad, la racionalidad judicial y las críticas que surgen de ambas; y por último, las soluciones institucionales con mejor contenido epistemológico que ayuden a resolver estas críticas.

2 APROXIMACIÓN AL CONTEXTO JUDICIAL

Mientras en el *Common Law*, específicamente en Norteamérica, a principios de siglo XIX con la famosa sentencia *Marbury vs Madison*, efectuada por el Juez John Marshall, se desarrolla la *Judicial Review* o sistema control de constitucionalidad sobre el poder legislativo como mecanismo de freno y contrapeso para solucionar un problema político entre partidos políticos de la época (Gargarella,

2012), en el *Civil Law* o derecho continental, con tradición francesa que se expandió por toda Europa y Latinoamérica, nunca se ejerció este tipo de control hacia el legislador hasta mitad del siglo XX. La idea surge con el famoso debate académico entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, como una forma de solucionar la crisis político institucional que agitaba a Europa por entonces, y en particular, como un agudo diagnóstico de la compleja coyuntura que atravesaba el Reich Alemán bajo la constitución de Weimar (Gasio, 1995, pág. 12).

Tanto Kelsen como Marshall legitiman el papel de los jueces para ejercer el control de constitucionalidad. El primero apela a que el tribunal constitucional puede realizar debates jurídico-políticos y conceptuales sobre las controversias constitucionales para resolver las indeterminaciones del derecho con el objetivo de garantizar la coherencia del sistema (Kelsen, 1995). Mientras que el segundo, consideraba que los tribunales, en el caso Norteamericano la Corte Suprema Federal, son los únicos en decidir cuál es el significado de la constitución porque son los únicos capacitados para interpretar la ley constitucional que se encuentra por encima de las leyes ordinarias (Kramer, 2011).

No obstante, según las justificaciones de Marshall, si vedamos a los jueces de la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una ley, esto nos conduce a que la constitución pueda ser una ley no valida. Es decir, Marshall se refiere a que los intentos por limitar a los jueces en sus funciones constitucionales generarían una pérdida de validez u obligatoriedad de la constitución, lo cual, convertiría a la constitución en un juguete vistoso en materia jurídica (Nino, 1989). Sin embargo, para asumir este supremo papel de interpretar a la constitución se necesita verificar las normas de competencia que establece la misma constitución, en términos de Kelsen, normas que se refieren a ciertos órganos, procedimientos, y en muchas ocasiones, a ciertos contenidos.

Por lo menos en materia de procedimientos y órganos, en el sistema de control de constitucionalidad concentrado (modelo Austriaco) donde el tribunal constitucional, y solo este órgano, ejerce su evaluación mediante actuación de parte, por una acción o incidente de guarda de la integridad de la constitución, en el cual, cualquier organismo del Estado realiza la petición para la revisión de la ley, están expuestas todas las normas a ser inconstitucionales si no es solicitada por un órgano legitimado. Mientras que en el sistema de control constitucional difuso (Modelo Norteamericano), la inconstitucionalidad no se declara de oficio sino que se debe

declarar a pedido de parte interesada, ya sea del Estado o de cualquier particular, y ser resuelto el conflicto de inconstitucionalidad entre cualquier norma y la constitución. Esto lo puede realizar cualquier juez tanto ordinario como un tribunal constitucional especializado y, por si fuera poco, al igual que en el sistema concentrado, se estudia el caso en concreto (Barrios, 2017).

Por otra parte, en los sistemas mixtos donde cualquier persona puede demandar a una norma como inconstitucional ante cualquier instancia judicial, al igual que en el sistema difuso pero con la legitimación del tribunal constitucional como órgano de cierre, el supremo papel de los jueces se ha configurado y ha sido implementado en la mayoría de los Estados de Derecho actuales, sobre todo en Latinoamérica, para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes.

Sin embargo, existen muchas normas que siguen siendo vinculantes para los ciudadanos en el Estado, y que muy a pesar de que también puedan ser consideradas inconstitucionales, sin haberlas declarado, siguen teniendo vigencia. Este fenómeno se presenta porque la declaración de inconstitucionalidad se configura después de la demanda y revisión del órgano judicial, tal como en el sistema mixto que es el más usado en Latinoamérica, y además se declara el caso en concreto, mas no en abstracto. Es decir, una ley antes de ser declarada inconstitucional puede estar vigente en el sistema normativo y continúa teniendo efectos vinculantes en el sistema, lo que refleja que la validez jurídica no puede ser suficiente para que exista una norma.

De hecho, la validez jurídica se pierde con esta tradición constitucional porque precisamente la fiabilidad de creación normativa que se tenía sobre el legislador se pone en duda, debido a que, su función discursiva o deliberativa, previa a la creación de la ley, tiende a ser muchas veces motivada por intereses particulares y no intereses que le convienen a la mayoría (Habermas J. , 2005).

Por lo tanto, al igual que el legislador en sus *travaux préparatoires* (trabajos preparatorios) necesita de una justificación para la respectiva validez jurídica de las normas, los jueces en su *Judicial Review* necesitan de una justificación evidentemente de tipo valorativo o moral. O en otros términos expuestos por Habermas, los jueces poseen sus propias pre-concepciones herméticas de justificación (Habermas J. , 2005). Lo que nos lleva a creer, la mayoría de las veces, es que más que los procedimientos y órganos que ejercen este tipo de control sobre las leyes, son los contenidos lo que le pueden dar la legitimación y validez como aceptación de las normas que crean los jueces en función constitucional. Este aspecto

es el que pretende analizar este ensayo bajo el estudio del principio de razonabilidad como método epistemológico de uso por parte de los jueces.

Si llegamos a percibir, por ejemplo, que el contexto en el que se desarrolla este diseño institucional impera un ambiente pleonexico o rapaz, donde se ha debilitado la relación entre el Estado, la sociedad y el orden jurídico; debido al sistema neoliberal de privatización de servicios públicos y consolidación de unas elites sociales ajenas al Estado, y además; también se mantiene en el Estado un sistema de alta burocratización Estatal que pueden llegar a corromper la función publica y mantener en una actitud servil a la ciudadanía para brindarle algunos derechos mediante actuaciones administrativas irracionales. Si tan solo llega a suceder este tipo de contexto, la justificación de los jueces puede ser muy perjudicial para la democracia y para la coherencia del mismo sistema jurídico, a tal punto, que hasta el mismo órgano judicial incurriría en justificaciones irracionales y potestativas por presión de estas elites hegemónicas que provienen de la Burocratización y de la Privatización del Estado.

Estas posibilidades fenomenológicas que suelen presentarse en los Estados de Derecho del siglo XXI, u otras similares que puedan ser planteadas, de inmediato generan dos consecuencias con respecto al contenido de justificación de los tribunales: una falta de legitimidad en su interpretación constitucional y una actitud paternalista frente a la sociedad a la cual recae la “racionalidad” o “razonabilidad” de sus sentencias.

Lo que quiero resaltar con estas críticas es que, en realidad, a pesar de que existen múltiples teorías respetables sobre la interpretación constitucional, en definitiva no creo que exista, desde un punto de vista lógico, esa interpretación para ejercer el control de constitucionalidad sobre las leyes. Lo que en realidad creo, es que existen consideraciones valorativas tanto políticas como morales. Al igual que otros autores como Alchourrón (2000), Nino (1989) y Gargarella (2012).

3 RACIONALIDAD EN LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

Uno de los autores más reputados con respecto a la teoría de la interpretación constitucional es el Estadounidense Ronald Dworkin. Este ha realizado una división conceptual con respecto a la justificación o tipo de razones que se dan en el ámbito jurídico que me parece importante analizar. Por un lado, el autor explica

que existen razones por medio de fines u objetivos sociales que defienden los derechos colectivos, y por otro lado, las razones por medio de principios que defienden los derechos individuales (Dworkin, 2002). Dworkin recurre a esta distinción de razones para hacer también la división entre el ámbito del poder político y el ámbito del poder judicial. El autor se refiere a que en el ámbito del poder político el legislador utiliza razones con fines u objetivos sociales para deliberar y desarrollar la normativa del Estado, mientras que en el ámbito judicial, en el caso de encontrar casos difíciles (Dworkin, 2002) o complejos (Bulygin, 2003), en los cuales, los jueces que no pueda resolver un problema jurídico les corresponde apelar a las razones por principios para realizar la respectiva interpretación constitucional, con el propósito de garantizar los derechos individuales. De hecho, Robert Alexy, otro reputado filósofo del derecho alemán que defiende esta tesis de razones mediante principios, y que además, configuro la metodología para usarlos mediante la técnica de ponderación constitucional, respalda esta posición y es la base teórica conceptual que utilizan muchos jueces para realizar el control de constitucionalidad (Alexy, 1997).

Sin embargo, es importante resaltar que no debería existir esta división conceptual sobre el uso de las razones en el ámbito judicial, ya que muchas veces, en el plano constitucional, no se tiene certeza si estamos frente a un derecho individual o ante derechos colectivos. En efecto, muchas de las sentencias de los órganos de cierre, o tribunales constitucionales, en los sistemas de control mixto (que es el sistema que más quiero enfatizar porque es el más aplicado en la práctica) son sentencias erga omnes, es decir, rigen para todo el mundo. Si los tribunales constitucionales evalúan casos particulares para resolver un problema específico, todas las personas a las cuales pueda beneficiar la sentencia constitucional pueden necesitar de la *ratio decidendi* del caso y no serían entonces solamente razones mediante principios las que necesite justificar el juez sino también razones mediante fines y objetivos sociales, porque entonces se estaría omitiendo derechos a los demás ciudadanos que presentan los mismos elementos facticos.

Los derechos sociales pueden verse desde esta perspectiva como una prolongación de los mismos derechos individuales o fundamentales, que tal vez, por razones políticas, ajenas al contexto social, el legislador allá omitido garantizar.

Lo expuesto no puede significar que necesita haber una exclusión por parte de los jueces, los cuales son elites sociales (Hart Ely, 1997) (Nino, 1992) (Gargarella, 2012), para garantizarle los derechos individuales a quienes ejercen la

acción constitucional en contra de los derechos colectivos de la mayoría. ¿Por qué dar privilegios al que acciona en defensa de sus derechos y omitir a los que no pueden defenderse?

Si los tribunales constitucionales solamente utilizan principios jurídicos o morales seleccionados mediante el método de ponderación con el propósito de garantizar la coherencia del sistema jurídico (Alexy, 1990) bajo el manto de la racionalidad judicial a un caso en particular, entonces estaría incurriendo en soluciones contra mayoritarias. Desde esta perspectiva, es cierto entonces que los jueces no tienen la legitimidad democrática porque; la ponderación de principios, en realidad, es una competencia que la constitución siempre le ha otorgado al legislador (Forsthoff, 1975), debido a que, es una actividad meramente política, en la cual, los tribunales carecen de legitimación popular directa para ejercerla (Aleinikoff, 1987), por lo tanto, no poseen la conmensurabilidad de la sociedad para elegir principios o políticas certeras (Frantz, 1963).

4 APELACIÓN A LA REFORMULACIÓN DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Recordemos, por otra parte, que los Estados de derecho se crearon para garantizar la democracia y respetar la soberanía del pueblo, que reside en el individuo (Rousseau, 1988), y elige unos representantes para que plasmen en las leyes la voluntad general (Montesquieu, 1906). Si la justificación de la democracia es la soberanía popular, entonces las únicas ramas del poder capaces de concretar la voluntad general son el ejecutivo y el legislativo, más aun el legislativo porque son un grupo amplio de representantes con diferentes matices de la sociedad elegidos directamente por el pueblo, a pesar de estar en un contexto pleonómico. Luego entonces, el órgano judicial es una elite social que se ha desarrollado para interpretar al legislativo, es decir, una rama del poder que es elegida de forma indirecta ¿Cómo puede tener, entonces, la capacidad para anular la voluntad de las mayorías mediante el uso del control de constitucionalidad, y además de eso, seleccionar mediante su “racionalidad” los principios que deben prevalecer en los casos difíciles que interesen a todos los individuos de la sociedad?

La idea no es resaltar o ahondar en el concepto de soberanía ni en el de voluntad popular, porque me parece que se alarga la discusión y puede contener una

gran dosis de ambigüedades dependiendo del teórico en el que nos enfoquemos. Lo importante es verificar si la “racionalidad”, o mejor aún, la “razonabilidad” de los jueces epistemológicamente puede ser mejorada para eliminar toda esta serie de interrogantes y críticas en contra de la función judicial con el uso del control de constitucionalidad.

Por ejemplo, la Corte Suprema Norteamericana en especial la famosa corte Warren, entre los años 1954 y 70, se caracterizó por emitir sentencias con alto grado de activismo judicial y progresismo político desde una perspectiva liberal, utilizando la teoría del *derecho viviente* de la constitución política, debido a que, debía ser más receptiva a todas las necesidades sociales (Post, 2013). En efecto, una de sus sentencias más famosas fue el caso *Brown vs Board of Education*, en el cual, los magistrados solicitaron una “reforma estructural” como medida para terminar con la discriminación racial, y ordeno a los órganos administrativos competentes como debía hacerlo.

La “reforma estructural” fue usada en varios casos ordenándoles a los órganos administrativos que tomaran las medidas necesarias para garantizar los derechos individuales, de esta manera en específica como derechos colectivos, que estaban siendo violados por acción u omisión de las elites norteamericanas que se encontraban en la administración. Esta interpretación de la constitución mediante la teoría del *derecho viviente* es lo que Dworkin conceptualiza como la lectura moral de la constitución y es realizada mediante principios morales o políticos, seleccionando una única respuesta correcta al problema del contexto social (Dworkin, 2004). Pero, a pesar de que la corte Warren ejerció un papel positivo de avanzada en la sociedad Norteamericana, después de ser muy conservadora para la época, garantizando derechos individuales de forma colectiva, precisamente de esta interpretación surge la mayor crítica en el contexto académico-intelectual con las posibilidades de buscar otros modelos epistemológicos de interpretación constitucional.

Uno de los primeros académicos Norteamericanos que salió en ataque a la Corte Suprema fue el autor Alexander Bickel, con la tesis de la *voluntad contra mayoritaria* por parte del alto tribunal. Bickel consideraba que los jueces utilizaban el uso de los principios constitucionales como defensa al modelo de revisión judicial, que en la realidad, pueden ir en contra de postulados normativos de la mayoría democrática, y esto, puede llegar a ser bastante desestabilizador para el Estado, con

lo cual, no se debía interpretar de esa manera la constitución y el contexto político del momento para garantizar los derechos (Bickel, 1978).

Esta perspectiva crítica de Bickel nos muestra una actitud paternalista por parte de los órganos judiciales. El concepto de paternalismo lo podemos entender desde la concepción de Zimmerling como una forma de afectar intencionalmente un estado de cosas tanto en las creencias empíricas como normativas de la sociedad, Esta labor puede ser ejercida por influencia o por coacción, pero se asimila cuando el ejercicio del poder se realiza con coacción o violencia (2005). En este contexto en particular, podemos decir que su atribución paternal no fue creada de forma violenta, sino que se consagro en el marco de una constituyente, es decir, fue creada por el constituyente primario para ser ejercida por un grupo selecto de personas que obligan con sus decisiones a una sociedad. Desde esta perspectiva, es evidente que la actitud paternal es auto impuesta por la misma sociedad. Al respecto, algunos autores se acoge a la idea de que las constituciones son mecanismos de pre-compromisos elaborados por el cuerpo político con el fin de protegerse a sí mismo contra su previsible tendencia a tomar decisiones imprudentes (Elster, 2002) (Laporta, 2001) (Alemany, 2005) (Sunstein, 1993). Es decir, el constituyente se auto ata por miedo a los fenómenos futuros que puedan existir en la sociedad, cohibiendo evidentemente la racionalidad y el ejercicio de las futuras generaciones democráticas. Pero para salir de este estado auto impuesto, entonces, es necesario apelar a soluciones institucionales para mejorar el control de constitucionalidad.

5 SOLUCIONES INSTITUCIONALES PARA REFORMAR EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Por un lado, Bruce Ackerman, intentando brindar opciones democráticas a la función judicial, consideraba que existen dos formas de ejercer las decisiones políticas: Las primeras decisiones son las ejecutadas por el constituyente primario que se expresan por medio del dictado de la constitución, de sus reformas y de otras decisiones igualmente trascendentales. Las segundas decisiones están basadas en las ejecutadas por los representantes del soberano, es decir el pueblo, ya sea, el gobierno o el legislador, las cuales, se expresan mediante las leyes promulgadas (Ackerman, 1991). Para el autor, las decisiones del primer tipo son muy inusuales. Para que se concreten se necesita una enorme movilización social, debates amplios

sobre alguna temática en específica, marchas y constante confrontación de ideas, para que exista una influencia verdadera en los órganos del poder para solucionar una problemática social de carácter trascendental.

Mientras tanto, el segundo tipo de decisiones son más normales o rutinarias y hacen parte de la política diaria de una sociedad organizada. Los representantes intentan satisfacer los intereses de la ciudadanía, dictando leyes y haciéndolas cumplir. No obstante, los representantes de la ciudadanía no tienen autoridad para revocar las más sustanciales expresiones de la ciudadanía, que se reflejan en las primeras decisiones. Tanto el gobierno como el legislador, pueden tomar múltiples soluciones con respecto a los intereses de la ciudadanía, pero en lo que concierne a decisiones netamente trascendentales que soslayan en la esfera constitucional no pueden intervenir (Ackerman, 1991). No obstante, los jueces son los intermediarios entre la decisión de la ciudadanía y la creación normativa de carácter constitucional. Pero no como interpretadores de la constitución del pasado, sino como adaptadores de las ideas constitucionales de la carta magna adecuándolas al contexto, para decidir en base a lo que expone la ciudadanía. Desde esta perspectiva, la tesis de la *voluntad contra mayoritaria* de la autoridad judicial se pierde y se enfoca en una posición más democrática y coherente con el sistema normativo.

Pero con el planteamiento de Ackerman siguen existiendo una serie de cuestiones. Entre estas, ¿Cuál sería el método epistemológico más viable por parte de los jueces para proteger las decisiones de la ciudadanía? Tal vez, el autor John Hart Ely tuvo un planteamiento más cercano para responder este interrogante, aseverando que la función de la corte debe quedar limitada solo a procedimientos más no a decisiones acerca de valores, ya que, los órganos democráticos son los más aptos y legitimados para pronunciarse acerca de cuestiones valorativas. La constitución está dedicada a la estructura y planificación de los diferentes actores institucionales tales como: el gobierno, el congreso, el poder ejecutivo, el poder judicial, con sus respectivas funciones, competencias y procesos de selección para desempeñar estas funciones. A pesar, de denotar *a priori* que existen disposiciones destinadas a asegurar resultados concretos, en realidad estas disposiciones están basadas en mayor medida a procedimientos para la concreción de los valores constitucionales en la práctica. Aunque, definir a la constitución como un documento que expone las cuestiones procedimentales no implica aseverar que se desentienda de los problemas valorativos. De hecho, los procedimientos y las estructura orgánica

del Estado están propuestos para asegurar que los valores constitucionales puedan ser sujetos de la decisión colectiva para que todos puedan discernir sin discriminación alguna (Hart Ely, 1997).

Ely considera que los jueces son como árbitros que controlan la aplicación de los procedimientos constitucionales, similar a lo planteaba Ackerman, tanto en los casos en que los ciudadanos demandan porque los representantes se encuentran creando normas motivados por sus propios intereses, como en los casos en que se demandan para que las mayorías ciudadanas puedan oprimir a las minorías. Su actuación, supuestamente, debe basarse solamente en intervenir cuando se presume que existan maniobras abusivas del poder. Por lo anterior, propone dos tareas principales que tienen que cumplir los jueces constitucionales. La primera está basada en poner al servicio de la ciudadanía sus conocimientos sobre la constitución para asegurar que la decisión que se tome sea resultado de un verdadero proceso reflexivo social. Por otro lado, la segunda tarea es la de proteger a los ciudadanos de los intereses de sus representantes al pretender manipular las decisiones, en defensa de los verdaderos intereses de la mayoría democrática (Hart Ely, 1997). Similar a Ely, Mark Tushnet intenta aportar un método de revisión judicial dialógica, la cual, consideraría alentar, también, interacciones dialécticas entre las distintas ramas del poder para encontrar entre las distintas posiciones interpretaciones razonables cual es la más acertada al canon constitucional y al contexto (2014).

Pero a pesar de las críticas y aportes de los autores, más destacados en la materia, ¿Cuál sería el método epistemológico que permita estos consensos dialógicos, es decir, cuál sería el procedimiento para dialogar las cuestiones trascendentales y resolver los casos difíciles con ánimo de garantizar los derechos individuales en clave colectiva de la ciudadanía adecuándolo al contexto? Evidentemente tiene que ser un dialogo abierto, que incluya principios y fines u objetivos políticos colectivos de todos los participantes, también el conocimiento de los hechos relevantes sobre la temática, que forme coaliciones mayoritarias necesarias para tomar una decisión correcta, sin límites y apegándose a lo razonable y al sentido común (Nino, 1989). Esto se puede conseguir mediante la ampliación del mecanismo del *Amicus Curiae*.

6 LA RAZONABILIDAD Y EL AMICUS CURIAE

El concepto de razonabilidad lo han usado los tribunales para explicar la discusión de razones ejercidas por los magistrados para resolver un caso en concreto, es decir, una razonabilidad que debemos considerar en estricto sentido, mientras que la razonabilidad que a la cual se debe apelar para mejorar el componente epistemológico del control de constitucionalidad es una razonabilidad más amplia.

Según la posición del autor Juan Carlos Bayón existe en los jueces dos tipos de discrecionalidad: una discrecionalidad en sentido débil, la cual es, cuando a un funcionario judicial le corresponde tomar una decisión apoyado en la prudencia, en el sentido común o en la lógica para resolver un asunto, que desde la primera perspectiva de interpretación tiene una solución definitiva que no necesita una revisión posterior; y otra discrecionalidad en sentido fuerte, la cual se contempla, cuando el mismo funcionario considera que su decisión no está vinculada por pautas, normas o principios impuestas por autoridad y tiene toda la legitimidad para resolver el caso según sus propias concepciones (Arango, 1999). El segundo tipo de discrecionalidad, en sentido fuerte, puede considerarse un poco abusiva, no obstante, el primer tipo de discrecionalidad, en sentido débil, puede ser el concepto viable para la razonabilidad en sentido estricto. Entonces, ¿cuál sería la razonabilidad en sentido amplio?

Lo que podemos considerar como razonabilidad en sentido amplio pretendemos conceptualizarlo en esta investigación, pero no sin antes aclarar que no es igual al término de racionalidad, ya que, la racionalidad a pesar de poseer un amplio contenido empírico de conocimiento, esta es una posición sobre un estado de cosas austeramente egoísta, es decir, enfocada en el pensamiento de una sola persona o un grupo de personas en específico. Por otro lado, la razonabilidad en sentido amplio está basada en un cierto tono moral que sugiere algún grado de consideración con respecto a la opinión de los demás, es decir, enfocada en una concepción consensuada de todos los participantes que intervienen con un margen amplio de apreciación admisible (Aarnio, 1991), (Atienza, 1987). Desde esta perspectiva, la consideración que habíamos realizado inicialmente sobre la validez jurídica, en el marco de este concepto de razonabilidad, y de creación normativa por parte de los tribunales constitucionales, acorde al contexto mediante el uso del control de constitucionalidad; pasa a un plano de aceptabilidad. Es decir, la validez jurídica deja de ser coaccionada por elecciones morales de las elites judiciales y pasa a ser una obligatoriedad aceptada después del diálogo social.

También es importante considerar, que el concepto de lo razonable siempre debe ser aplicado desde un sentido espacio-temporal y lógico determinado, ya que, es dependiente de lo que la sociedad entienda por ese estado de cosas o caso difícil evaluado o discutido. Como lo explica Atienza “Lo razonable, adolece, en la obra de Perelman, de una cierta ambigüedad pues, por un lado, se configura como un acuerdo o un consenso ideal y, por otro lado, parece estar ligado a hechos contingentes de carácter social y cultural” (1987, pág. 191). Es decir, lo razonable se apega mucho a lo que se dialogue en el contexto. No es un consenso que se pueda aplicar a todos los tiempos sino que puede ser variable dependiendo del contexto.

Para aplicar esta concepción sobre la razonabilidad que permita el dialogo social sobre derechos, también es necesario utilizar una institución judicial viable. Considero que la mejor propuesta institucional para desarrollar el concepto de razonabilidad debe ser la ampliación del *Amicus Curiae*.

Esta figura es una práctica que se ha desarrollado con la iniciativa de algunos grupos sociales de presión con capacidad para actuar en favor de los más necesitados, facilitándoles la posibilidad de que la ciudadanía que no pueda argumentar los problemas que le acrecientan frente a los órganos judiciales tenga representación mediante escritos de apoyo. Esta presentación de alegatos complementan la deliberación expuesta por las partes del proceso para brindarle al respectivo tribunal un panorama extendido del contexto en el cual debe resolver el caso, resultando tener un peso importante en el resultado, tal vez, en contra de argumentos de grupos de abogados prestigiosos de las clases privilegiadas que participan en la deliberación judicial. Con este mecanismo, podemos afirmar que la posición contra mayoritaria de los jueces constitucionales tiende a flaquear debido a la participación de la ciudadanía, muy a pesar de que el juez tenga la última palabra para resolver el caso, de igual forma, influencia en las decisiones porque presenta alegatos de gran importancia. (Gargarella, 2012).

El *Amicus Curie* es el referente más próximo del principio de razonabilidad que utilizan los tribunales constitucionales mediante la revisión del control de constitucionalidad de las leyes, la única objeción que podemos tener al respecto es que no debe ser limitado, por el contrario, debe convocarse al dialogo a todos los interesados en la discusión del caso difícil. Este mecanismo, no solamente promueve el dialogo entre la ciudadanía y las altas cortes para entender el contexto en el que se desarrolla un problema jurídico que merece ser atendido por una revisión

de constitucionalidad, sino que también, permite disipar las críticas entorno a la falta de democracia en las discusiones constitucionales y el paternalismo constitucional de los tribunales constitucionales, donde todo lo contrario, los jueces podrán entender todo tipo de elementos pragma dialecticos para resolver el caso en cuestión, sin omitir las posibilidades presentadas, y configurándose en un método epistemológico certero para la práctica judicial del derecho. Por último es importante resaltar que debe notificársele a la ciudadanía en general a tiempo para poder enviar los alegatos razonables del caso en cuestión.

7 CONCLUSIONES

El resultado de esta investigación nos arroja varias conclusiones relevantes a la hora de aplicar el principio de razonabilidad. Lo primero por decir, es que la posición de las elites en medio de los tribunales ha sido el uso de formas conservadoras de aplicación del control de constitucionalidad, como el principio de ponderación con la técnica de ponderación de valores y principios, con lo cual se genera una crítica académica trascendental que expone el papel contra mayoritario de los tribunales constitucionales sobre toda la sociedad. Los tribunales, entonces, incurren en una falta de legitimidad democrática y una actitud paternalista sobre todos los individuos interesados en que garanticen sus derechos fundamentales.

La respuesta a esa crítica es precisamente permitir en las altas instancias judiciales un entorno dialógico mediante la ampliación del mecanismo del *Amicus Curiae*, siguiendo lineamientos epistemológicos en la aplicación del principio de razonabilidad. Este principio expone que debe existir una creación de acuerdos materiales teóricos en el proceso de reconstrucción argumentativa del derecho. Es decir, el juez constitucional propiciara el dialogo, en el cual, se resolverán los casos acorde a argumentos de principios y valores constitucionales; y fines u objetivos políticos colectivos del contexto, con el fin de garantizar una razonabilidad en las decisiones en el marco de la ampliación del mencionado mecanismo. Permitiendo que se alleguen al despacho judicial cualquier tipo de escritos que quieran intervenir en los casos difíciles que se les presenten a los jueces constitucionales, y para que este dialogo proceda de manera eficaz debe notificársele a la ciudadanía en general sobre el caso en cuestión.

BIBLIOGRAFÍA

- Aarnio, A. (1991). *Lo racional como razonable*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Ackerman, B. (1991). We the people: Foundations. En C. Rosenkrantz, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Alchourrón, C. (2000). Sobre derecho y logica. *ISONOMIA*, 11-33.
- Aleinikoff, A. (1987). *Constitutional law in the age of balancing*. Michigan: The yale law school.
- Aleman, M. (2005). El concepto y la justificación del paternalismo. *DOXA*, 265-303.
- Alexy, R. (1990). The concept of coherence and its significance for discursive rationality. *Ratio Juris*, 130-147.
- Alexy, R. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Arango, R. (1999). *¿Hay respuestas correctas en el derecho?*. Bogota: Siglo del hombre.
- Atienza, M. (1987). Para una razonable definición de razonable. En *Cuadernos de filosofía del derecho* (págs. 189-200). Alicante: DOXA.
- Barrios, B. (2017). *Derecho Procesal Constitucional*. Bogota: Nueva Jurídica.
- Bickel, A. (1978). *The least dangerous branch*. Indianapolis: Bobbs merrill educational publishing.
- Botero Bernal, A. . (2022). El código civil de Andrés Bello y el movimiento exegético en Colombia. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 14(27), 47–65. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.14-num.27-2022-3808>
- Bulygin, E. (2003). Los jueces ¿crean derecho? *ISONOMIA*, 7-25.
- Carrillo De La Rosa, Y. ., Carrillo Velásquez, A. F. ., & Cano Andrade, R. A. . (2022). Aportes del Derecho Romano a la tradición jurídica de occidente. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 14(28), 475–495. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.14-num.28-2022-3986>
- Carrillo, Y. (2009). *Teorías de la argumentación y del razonamiento jurídico*. Bogota: Doctrina y ley.
- Díaz Correa, N. E. (2021). Conveniencia del Amicus Curiae en la jurisdicción especial para la paz en Colombia. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 13(25), 68–87. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.13-num.25-2021-3614>

- Dworkin, R. (1993). *Ética privada e igualitarismo político*. Barcelona: Paidós.
- Dworkin, R. (2002). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Dworkin, R. (2004). La lectural moral y la premisa mayoritarista. En R. Slye, *Democracia deliberativa y derechos humanos* (págs. 101-139). Barcelona: Gedisa.
- Elster, J. (2002). *Ulises desatado (estudio sobre racionalidad, precompromiso y restricciones)*. Barcelona: Gedisa.
- Forsthoff, E. (1975). *El Estado de la sociedad industrial*. Madrid: Instituto de estudios políticos.
- Frantz, L. (1963). *is the first amendment law- a reply to profesor mendelson*. California: California law review.
- Gargarella, R. (2012). *La justicia frente al gobierno*. Quito: Pensamiento Jurídico Contemporáneo.
- Gasio, G. (1995). Estudio Preliminar. En H. Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?* (págs. 9-43). Buenos Aires: Tecnos.
- Habermas, J. (1998). *La teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus.
- Habermas, J. (2005). *Facticidad y Validez*. Madrid: Trotta.
- Hart Ely, J. (1997). *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional*. Bogotá: Siglo del hombre.
- Hart, H. (1963). *Law, liberty and morality*. Stanford: Stanford university press.
- Kaufmann, A. (1992). *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Debate.
- Kelsen, H. (1995). *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?* Madrid: Tecnos.
- Kelsen, H. (2008). La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico. *Revista sobre enseñanza del derecho*, 183-198.
- Kramer, L. (2011). *Constitucionalismo Popular y Control de Constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons.
- Laporta, F. (2001). El ámbito de la constitución. *DOXA*, 460-480.
- MacCormick, N. (1978). *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Oxford University Press.
- Montesquieu, C. (1906). *De las leyes*. Madrid: Victoriano suarez.
- Moreso, J. (2009). *La constitución: un modelo para armar*. Barcelona: Marcial Pons.

- Moreso, J. (2015). Positivismo Jurídico contemporaneo. En Varios, *Enciclopedia de Teoría y Filosofía del Derecho* (págs. 171-205). Mexico: UNAM.
- Nino, C. (1989). La filosofía del control de constitucionalidad. *Centro de Estudios Constitucionales*, 79-88.
- Nino, C. (1992). *Fundamentos de Derecho constitucional*. Buenos aires: Astrea.
- Nino, C. (2007). *Ética y derechos humanos*. Buenos aires : Astrea.
- Pardo Martínez, O. (2022). La dignidad como fundamento axial de los derechos en el constitucionalismo: praxis judicial colombiana. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 14(28), 360–385. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.14-num.28-2022-3981>
- Post, R. (2013). *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre constitución y pueblo*. Buenos Aires: Siglo veintiuno editores.
- Rousseau, J. (1988). *El contrato social*. Madrid: Tecnos.
- Spector, H. (2014). Un sistema democrático de control constitucional. En R. Gargarella, *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática* (págs. 193-207). Buenos Aires: Siglo veintiuno.
- Sunstein, C. (1993). Legal interferences with private preferences. En J. De paramo, *Tolerancia y liberalismo*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Tushnet, M. (2014). Revision judicial dialógica. En R. Gargarella, *Por una justicia dialógica. el poder judicial como promotor de la deliberación democrática* (págs. 105-116). Buenos Aires: Siglo XXI editores.
- Waldron, J. (2005). *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons.
- Weber, M. (1944). *Economía y sociedad*. Bogota: Fondo de cultura económica.
- Zagrebelsky, G. (2009). *El derecho ductil*. Madrid: Trotta.
- Zimmerling, R. (2005). *Influence and power*. Kluwer.