

Alfonso Renato Vargas Murillo 

Activismo judicial dialógico como propuesta de superación de la objeción democrática al control de constitucionalidad

Dialogical Judicial Activism as a Proposal to Overcome the Democratic Objection to Judicial Review

Ativismo judicial dialógico como proposta para superar a objeção democrática ao controle da constitucionalidade

Resumen: *El presente trabajo pretende analizar el problema de la objeción democrática al control de constitucionalidad desde las propuestas provenientes de la democracia deliberativa y el constitucionalismo dialógico y responder a las siguientes preguntas: ¿cuáles son las principales características del denominado activismo judicial dialógico?, ¿de qué manera el activismo judicial dialógico pretende superar la objeción democrática?*

Palabras clave: *objeción democrática, control de constitucionalidad, democracia deliberativa, activismo judicial.*

Abstract: *This paper aims to analyze the problem of democratic objection to the control of constitutionality from the proposals coming from deliberative democracy and dialogical constitutionalism and answer the following questions: what are the main characteristics of the so-called dialogical judicial activism? How does dialogic judicial activism seek to overcome democratic objection?*

Keywords: *Democratic Objection, Control of Constitutionality, Deliberative Democracy, Judicial Activism.*

 Máster en Gobernanza Global y Derechos Humanos por la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Título de Especialista en Gobernabilidad, Derechos Humanos y Cultura de Paz por la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Bachiller en Derecho por la Universidad Privada de Tacna (Perú). ORCID: 0000-0003-4205-2215

 avargasm95@gmail.com

Resumo: *Este artigo tem como objetivo analisar o problema da objeção democrática ao controle da constitucionalidade a partir das propostas advindas da democracia deliberativa e do constitucionalismo dialógico e responder às seguintes questões: quais são as principais características do chamado ativismo judicial dialógico? Como o ativismo judicial dialógico procura superar a objeção democrática?*

Palavras-chave: *objeção democrática, controle da constitucionalidade, democracia deliberativa, ativismo judicial.*

Recibido: 20191114

Aceptado: 20200330

Introducción

No son pocas las veces que las instituciones jurídico-políticas han sido cuestionadas bajo la idea de legitimidad del poder. Podemos encontrar una definición de legitimidad en Waldron (2018, 16), quien la entiende como:

la capacidad de un sistema político y jurídico de generar respaldo para la implementación de las leyes y políticas, incluso por parte de aquellos que se opusieron a estas por razones sustanciales, es decir, por parte de aquellos que hicieron campaña en contra de esas políticas o leyes o que hubiesen votado en contra de ellas de haber tenido la oportunidad de hacerlo. Y creo que este es su sentido más importante: la capacidad de un sistema de generar respaldo para la implementación de leyes y políticas incluso por parte de aquellos que estaban en desacuerdo con el contenido de estas.

De esta manera, las instituciones creadas a lo largo del camino hacia la construcción del Estado Constitucional de Derecho, al tener como fines asegurar la vigencia de la constitución y los derechos ahí contenidos, así como las formas democráticas de gobierno, generaron una tensión entre el principio liberal y el principio republicano que ha sido percibida por algunos autores como “irreconciliable” (Berlín, 1988, 51). En ese marco, los jueces al asumir la función de realizar una revisión de la compatibilidad de determinadas normas con el contenido de la constitución y tener la facultad de inaplicarlas o expulsarlas del ordenamiento jurídico, generaron diversas críticas respecto a su legitimidad, toda vez que dichas normas por lo general son emanadas por órganos con mayor grado de representatividad popular.

Frente a dicha situación, autores como Habermas plantearon conciliar la libertad de los antiguos y la libertad de los modernos (refiriéndose al principio republicano y liberal) así como sus respectivos criterios de legitimidad: soberanía popular y derechos humanos. Ello, proponiendo que el criterio último de legitimidad resida en un “acuerdo comunicativo”, en el cual los derechos humanos posibilitan la existencia de procesos políticos autónomos, al funcionar como condiciones “habilitadoras” de la soberanía popular, por lo que no existe una relación de subordinación entre auto-

nomía privada y autonomía pública, sino de co-originalidad (Habermas, 1994, 229-230). En este sentido, la evolución de la jurisdicción constitucional trajo consigo diseños institucionales de control de constitucionalidad pretenden otorgar una respuesta en dichos términos frente a los cuestionamientos a su legitimidad. Uno de ellos, surge una forma de activismo judicial, que si bien mantiene la característica de “alzarse” frente a la vulneración de derechos fundamentales superando las dificultades institucionales o la carencia de estructuras que permitan su tutela efectiva, en vez de emitir las tradicionales sentencias estimativas o desestimativas, exhortan a los órganos públicos a que desarrollen políticas públicas de manera dialógica, es decir, contemplando procedimientos participativos y estableciendo mecanismos de control popular.

El presente trabajo pretende analizar el problema de la objeción democrática al control de constitucionalidad desde las propuestas provenientes de la democracia deliberativa y el constitucionalismo dialógico, respondiendo a las siguientes preguntas: ¿cuáles son las principales características del denominado activismo judicial dialógico?, ¿de qué manera se pretende superar la objeción democrática desde la democracia deliberativa y el activismo judicial dialógico?

La objeción democrática a la revisión judicial de constitucionalidad

Desde la aparición de la *judicial review* hasta la creación de los tribunales constitucionales en diversos países, las críticas hacia la legitimidad de los jueces para revisar la constitucionalidad de una norma emitida por los órganos legislativos, se ha basado principalmente en que tal función no puede recaer en un órgano con un grado de representatividad popular menor que aquel que emite las normas (el poder legislativo). Este argumento sería denominado “argumento contramayoritario”, “objeción contramayoritaria” o “dificultad contramayoritaria”⁽¹⁾, así como “argumento democrático”, “objeción democrática” o “dificultad democrática”⁽²⁾. De esta manera, en un primer momento (pues al igual que la revisión judicial ha tomado diversas formas y matices en el tiempo) el argumento sobre el carácter antidemocrático de la práctica de la *judicial review*, como apuntó Alexander Bickel, se puede resumir de la siguiente manera:

La realidad es que cuando la Corte Suprema declara inconstitucional un acto legislativo o la acción de un ejecutivo electo, frustra la voluntad de los representantes de la gente real del aquí y el ahora, ejerce el control, no en nombre de la mayoría imperante, sino en contra. (...) es la razón por la se puede acusar a la revisión judicial como antidemocrática (Bickel, 1962, 16-17).

Lo dicho por Bickel, es una respuesta a las razones esbozadas por los partidarios de la revisión judicial en el contexto estadounidense, que tienen sus orígenes en los debates llevado a cabo en *The Federalist Papers*, en particular la edición número 78 escrita por Alexander Hamilton el 14 de junio de 1788, así como la célebre sentencia del juez Marshall en el caso *Marbury vs. Madison* de 1803, donde se recogerían las principales ideas de Hamilton. El razonamiento contenido en ambos documentos —el cual sería denominado posteriormente como la “lógica Marshall-Hamilton”— se basa en la idea de que el poder legislativo al tener como origen la constitución no puede contradecirla, y que donde exista contradicción entre una ley y la Constitución, debe preferirse la segunda, actividad que corresponde a los jueces toda vez que su función es interpretar las normas. Asimismo, al ser el poder del pueblo (en tanto poder constituyente) superior al poder legislativo y judicial, los jueces al inaplicar una norma que consideren contradiga la constitución, están haciendo prevalecer la voluntad del pueblo frente a la voluntad de sus representantes, negando una supuesta supremacía del órgano judicial frente al poder legislativo (Lopera, 2016, 241-242).

Si bien los partidarios de ambas posiciones se esforzaron por presentar razones “fuertes” para legitimar/deslegitimar la práctica del control de constitucionalidad, en el caso de la objeción democrática se fueron identificando algunos puntos notables que permitieron abrirse espacio en los debates sobre teoría constitucional. Por ejemplo, pueden identificarse tres circunstancias que originan la dificultad democrática: 1) el menor grado de legitimidad de los jueces frente al parlamento producto de la elección popular de este último, 2) la rigidez constitucional, al no poder neutralizar con facilidad la declaración de inconstitucionalidad de un juez estableciendo un proceso gravoso y 3) el carácter controversial de la interpretación de los preceptos constitucionales (Belloso, 2010, 140). De esta forma, a la crítica basada en el grado de representatividad de las cortes, se le suma la crítica a las formas “gravosas” de reforma constitucional. La suma de estos dos elementos, permitió reforzar la tesis de que el control constitucional en dichas condiciones supone la supremacía del poder judicial, toda vez que ante la enorme dificultad de responder a la declaración de inconstitucionalidad (vía —por ejemplo— reforma constitucional), implica que la interpretación de los jueces va a primar por sobre cualquier otra. El último punto se refiere al problema denominado por Waldron como *The fact of disagreement*, es decir, la existencia de profundos e incluso irresolubles desacuerdos en la sociedad sobre el contenido o la forma de los derechos (Flores, 2012, 34).

Para Barry Friedman (1998, 342) la objeción democrática surge en determinados contextos y ante la presencia de cuatro factores: a) la decisión resulta impopular para un grupo sustancial que reclama hablar “por el pueblo”, b) impera una visión en la ciudadanía que favorece la democracia popular o directa, c) la existencia de una fe relativa en la determinación de la interpretación judicial de la Constitución y d) cuando las decisiones se hayan emitido en un periodo de supremacía judicial.

De las condiciones señaladas, se desprende que la objeción democrática, se origina como respuesta a la insatisfacción de determinadas condiciones que exige una visión democrática particular que exalta la participación popular en la toma de las decisiones públicas (modelos como la democracia directa, participativa o la democracia deliberativa por ejemplo). Esta situación implicaría una toma de posición contraria a los diseños institucionales de control de constitucional que no contemplen canales de participación ciudadana efectiva en la interpretación de los significantes constitucionales lo que permitiría responder al problema de la indeterminación de manera democrática.

Roberto Gargarella (1997, 57-60), resume los argumentos que desafían los modelos de legitimidad del control constitucional, como el planteado inicialmente por Hamilton, y que han sido recogidos por autores neo-constitucionales para justificar la revisión judicial de las leyes, formulando tres argumentos u objeciones: El argumento histórico, cuestiona la idea de que los jueces al realizar el control de constitucionalidad, realizan una defensa de la “voluntad del pueblo”, materializada en la Constitución, sin embargo, planteando como ejemplo, el caso de la Constitución de los Estados Unidos de América, negará que la Constitución refleje dicha voluntad, en cuanto, por ejemplo, en dicho contexto las condiciones en las que se encontraban grupos como esclavos, mujeres, personas afro-descendientes impidieron su participación efectiva en el proceso constituyente. El argumento “inter-temporal”, recogiendo algunas ideas de Bruce Ackerman, plantea que si consideramos que la Constitución fue producto de un momento en el cual la sociedad se autoconvoca y surge esta como resultado de un consenso “popular, profundo y meditado”, y ante la posibilidad de que en el transcurso del tiempo nos encontremos frente a un consenso con las mismas características ¿cuál sería la justificación para hacer prevalecer dicha voluntad sobre la voluntad actual? El argumento sobre la interpretación, sostiene, que cuando se afirma que el juez interpreta la Constitución, no hace más que señalar lo que decían los Constituyentes, se asume que esta actividad no presenta problema alguno, sin embargo, en la práctica vemos que los jueces incorporan

en algunas veces “soluciones normativas” que no se encontraban de manera explícita en el texto constitucional, lo que equivaldría a reemplazar la voluntad ciudadana —o a sus representantes los legisladores— en la resolución de asuntos fundamentales..

De esta manera, la crítica democrática a la justicia constitucional que se realiza desde esta postura, sostiene que detrás de la interpretación constitucional debe haber una teoría de la democracia, una que implique la posibilidad de participar en igualdad de condiciones sobre las cuestiones constitucionales, lo que equivaldría a no sustraer de la deliberación democrática los derechos fundamentales (Alterio, 2016, 161). Es decir, propone frente a las controversias constitucionales un proceso que permita la construcción colectiva de significados, partiendo del presupuesto de los desacuerdos, antes que un proceso cerrado en el que un solo actor o institución posea tales prerrogativas (o esté configurada de tal forma) que este proceso se convierta en un mero “monólogo” judicial.

La discusión sobre la legitimidad democrática de las cortes para ejercer el control de constitucionalidad —al menos en los términos señalados anteriormente— ha generado una polarización de opiniones las cuales podemos identificar como dos corrientes: el neo-constitucionalismo y el constitucionalismo popular. Sin embargo, la característica principal de ambas corrientes es su carácter no homogéneo, por lo que, si bien puede existir coincidencia en las posiciones de sus miembros respecto a cuestiones generales, pueden diferir internamente en aspectos más específicos. Por ejemplo, si por un lado el neo-constitucionalismo sostiene la importancia de la justicia constitucional, toda vez que permite la protección efectiva de los derechos fundamentales, en un extremo esto puede llevar a una postura elitista afirmándose que “la verdadera democracia es la democracia de los jueces” (Santiago, 2008, 13). Por el otro lado, si la crítica a la revisión judicial de constitucionalidad se basa en la inexistencia o deficiencia de los canales de participación ciudadana en dicho proceso, en un extremo se ha llegado a afirmar que es necesario erradicar dicha institución, toda vez que ante la posibilidad de que los jueces cometan errores al defender los derechos, es necesario arrebatar la constitución de las manos de los jueces, exaltando la vía de la acción política como forma de lograr la protección de derechos (Niembro, 2013, 199).

Frente a ambas posiciones, surge una tercera que pretende conciliar la revisión judicial y la participación ciudadana, planteando un modelo de legitimidad, ya no basado en la “mejor posición” de los jueces para efectuar la defensa de los derechos

humanos, ni en la existencia de un procedimiento democrático puramente formal para la toma de decisiones relativas a las cuestiones constitucionales (por ejemplo, la regla de mayorías). Este modelo pretende conciliar la labor de los jueces en la defensa de los derechos fundamentales y la participación ciudadana, en tanto los primeros deben asegurar las condiciones (en términos sustanciales y formales) para discusión pública entre los ciudadanos y los órganos estatales, así como la discusión entre los órganos constituidos, convirtiendo al diálogo en el criterio de legitimidad. Este modelo que tiene como origen las teorías de la democracia deliberativa, ha sido denominado como “constitucionalismo dialógico”.

Democracia deliberativa y constitucionalismo dialógico

El planteamiento de un constitucionalismo dialógico tiene como origen las teorías de la democracia deliberativa, en tanto dicho modelo de democracia al defender el ideal de diálogo permite plantear diseños institucionales que “concreten procesos democráticos de toma de decisiones” (Giuffré, 2016, 7), condicionando la legitimidad de las instituciones y prácticas políticas a “la existencia de un proceso intersubjetivo de justificación moral, en el cual los afectados por dicha decisión deliberen públicamente entre sí” (Olivares, 2017, 169). De esta manera, podemos definir a la democracia deliberativa, siguiendo a Elster (1998, 8), a partir de sus dos elementos esenciales: el elemento democrático y el elemento deliberativo. El primero, consiste en la participación en el proceso de toma de decisiones colectivas por los potencialmente afectados o sus representantes. El segundo, se refiere a que dicha participación debe ser argumentativa y que los actores deben estar comprometidos con los valores de imparcialidad y racionalidad.

Al ser la intersubjetividad una característica primordial de este modelo de democracia, deben de asegurarse las condiciones necesarias para que se produzca el diálogo público (por ejemplo, estableciéndose mecanismos que aseguren la participación de la sociedad civil y de los órganos políticos en condiciones de igualdad). De esta manera, la democracia deliberativa surge como un modelo alternativo frente a los modelos agregativos de la democracia, en tanto su carácter dialógico consiste en:

(...) un acto (o proceso) de comunicación colectiva y reflexiva en el que se intercambian razones que cuentan como argumentos en favor o en contra de una determinada propuesta o un conjunto de ellas con la finalidad de convencer racionalmente a los demás, y en el que los participantes persiguen la imparcialidad en sus juicios y valoraciones. Y en tanto que procedimiento

discursivo o argumentativo de toma de decisiones, se opone a aquellos otros que se basan en la negociación o el voto (Martí, 2006, 24).

En este marco, la revisión judicial se presenta como una institución complementaria al resto de instituciones que corresponden al modelo de democracia deliberativa, las cuales “promueven distintos mecanismos para la búsqueda de decisiones con la participación de la sociedad e implementan procedimientos dialógicos e incluyentes para el ejercicio de sus atribuciones constitucionales” (Córdova, 2016, 253). Roberto Gargarella identifica como uno de los orígenes de esta propuesta de modelo de control de constitucionalidad a la reforma canadiense de 1982 en materia de derechos, donde se consagra la cláusula de “no obstante” o *notwithstanding clause* establecida en la sección 1 y 33 de la *Charter of Rights*, la cual permite al Poder Legislativo responder frente a la declaración de inconstitucionalidad de una norma por los jueces, estableciendo como criterio de justificación para mantener o extender la vigencia de dicha norma por periodos renovables de cinco años razones que puedan ser “demostrablemente justificadas en una sociedad libre y democrática” (2014, 119).

Algunos de los beneficios reconocidos a este modelo son: fortalecer la práctica legislativa y la discusión pública, convierte el monólogo judicial en diálogo interinstitucional, aumenta la legitimidad de los tribunales al otorgar la función de estándares constitucionales que deberán aplicar los legisladores y reduce la tensión entre la tutela de los derechos y un modelo democrático de toma de decisiones (Niembro, 2017, 121). Del mismo modo Gargarella (2014, 121) apunta que su atractivo, se basa en tres aspectos fundamentales: primero, la connotación emotiva favorable que conlleva el lenguaje del diálogo al pretender resolver los conflictos de manera “civilizada” y “respetuosa”; luego hace referencia a las “teorías comunicativas” desarrolladas a finales del siglo XX y por último la posibilidad de encontrar “acuerdos conversacionales”, lo que permitirá derribar las objeciones democráticas al control de constitucionalidad, sobre todo las que se realizan a la legitimidad de los órganos judiciales para tener la “última palabra” respecto a la interpretación constitucional. Hogg y Bushell (2014, 20) agregan que en este diseño institucional (refiriéndose al modelo canadiense), la decisión judicial genera un debate público sobre los valores de la Carta Política, que tal vez no hubiera sucedido sin dicha decisión, lo que lleva al órgano legislativo a elaborar una respuesta acorde a los valores constitucionales señalados por la corte, que permita cumplir con los objetivos económicos y sociales que la declaración de inconstitucionalidad impide.

Gargarella define al “diálogo constitucional” como “una conversación abierta y continua entre las diferentes ramas del gobierno y el pueblo, con el objetivo de interpretar la Constitución” (2019, 153). Así, en el constitucionalismo dialógico, las cortes cumplen el rol de colaboradores y deben aportar al proceso de construcción del significado constitucional sin pretensiones de apropiación; por lo que no debe presumir *a priori* que sus interpretaciones son mejores que los otros órganos estatales o de las que formulen la ciudadanía; sino que son parte de una “práctica racional y comunicativa”, basada en el reconocimiento intersubjetivo igualitario, la cooperación, y el intercambio de razones (Niembro, 2012, 139-140). De esta manera, la justicia constitucional surge como una empresa colectiva, incorporando diversos actores en condiciones de igualdad a través de instrumentos como audiencias públicas o *amicus curiae*⁽³⁾ (Gonçalves, 2008), lo que si bien pone en cuestión la tradicional posición de las cortes constitucionales (sobre todo en modelos de control concentrado de constitucionalidad) como los poseedores de la última palabra institucional; no implica necesariamente un retraimiento o *self-restraint*, toda vez que al verse legitimadas sus decisiones a partir de la idea de diálogo puede tomar una posición activa procurando corregir ciertas deficiencias institucionales que no permitan desarrollar dichas prácticas.

Es así que dentro de la concepción deliberativa de la democracia, la interacción entre los poderes constituidos que se produce en este modelo de control de constitucionalidad dialógico cumpliría con dos de sus presupuestos fundamentales: a) la validación intersubjetiva de los resultados y b) aquel que concibe que los procesos deliberativos al tener como características la colectividad de agentes, su carácter argumentativo y la reflexión dialógica deviene en un proceso abierto y auto correctivo (Olivares, 2017, 187). Será a partir de esta propuesta normativa, que podremos analizar algunos mecanismos que han ido desarrollándose en la práctica jurisprudencial en los últimos años, que presentan retos de justificación en base a los modelos tradicionales de legitimidad, como son las sentencias exhortativas o las declaraciones de estado de cosas inconstitucional en algunos países latinoamericanos que han generado interacciones dialógicas en el sentido de la propuesta del constitucionalismo dialógico y en último término concordantes con los fines de la democracia deliberativa.

Activismo Judicial Dialógico

Habiendo caracterizado los problemas que surgen de la práctica del control de constitucionalidad, sobre todo en sistemas que han adoptado un modelo “fuerte”⁽⁴⁾, y las tensiones que surgen con los otros órganos que pueden tener mayor grado de representatividad, podemos afirmar que las propuestas que han surgido desde la democracia deliberativa, no han estado exentas de los mismos problemas. Como tratamos anteriormente, las críticas a la legitimidad democrática del control de constitucionalidad han sido basadas en la idea de extralimitación del poder de las cortes o la invasión respecto a otros poderes, por lo que resulta difícil pensar en propuestas para superar el problema de legitimidad basadas en el activismo de los jueces. Sin embargo, en los últimos años ha surgido un fenómeno denominado como “activismo judicial dialógico” y que se afirma, es deudora del modelo de democracia deliberativa.

Como primer punto, debemos poder determinar cuándo una práctica judicial se enmarca en el denominado “activismo judicial”. El término, como refieren García y Verdugo (2013, 65) aparece por primera vez en un artículo publicado en la Revista *Fortune* de los Estados Unidos por Arthur Schlesinger Jr. en 1947, para rotular una discusión importante instalada en la tradición jurídica norteamericana, que tiene que ver con la crítica a la figura de “juez legislador” que cobró fuerza en la época del *New Deal* o en la era de la Corte “Warren”. Sin embargo, este término ha sido extrapolado a otras tradiciones jurídicas, comprendiendo prácticas diversas. Juan Sosa Sacio plantea como método para identificar cuando los jueces estarían actuando de manera “activista” tomar en cuenta los siguientes “indicadores” o “llamados de alerta”:

El primero se refiere al uso de interpretaciones expansivas de los conceptos jurídicos “densos” como forma de evitar los obstáculos procesales al momento de resolver el fondo.

Muestran poca deferencia por los otros actores políticos (evitan la presunción de constitucionalidad, apuestan por estándares mayores de escrutinio de constitucionalidad).

Se libran de ataduras interpretativas, e incluso resuelven contra los textos normativos y la jurisprudencia.

Tienden a tomar decisiones maximalistas (en cuanto a los contenidos y efectos de sus decisiones) (2017, 75).

Rasgos que —como anotamos anteriormente— han sido las razones principales para el desarrollo de las objeciones democráticas al control de constitucionalidad. En este sentido, siguiendo la distinción elaborada por Mark Tushnet entre constitucionalismo débil y constitucionalismo fuerte, el activismo pertenece al modelo “fuerte” de control de constitucionalidad por lo que las sentencias establecen dictámenes obligatorios-directivos, se atribuyen nuevas competencias (o invaden las competencias ajenas), pretenden que sus respuestas impliquen una innovación en el ordenamiento jurídico, dictan decisiones con alcances generales o estructurales (incluso en procesos cuyos resultados son tradicionalmente con efectos inter-partes) y poseen la última palabra respecto a la interpretación de la norma suprema (Sosa, 2017, 75-76).

Si bien, hemos podido identificar como mecanismos ideales para el desarrollo de un modelo de control de constitucionalidad desde la teoría de la democracia deliberativa a las audiencias públicas, los *amicus curiae*, el diálogo interinstitucional, etc., surge la pregunta: ¿qué pasa si no existen las estructuras institucionales que permitan el desarrollo de prácticas dialógicas? O ¿qué pasa si no se cumplen las precondiciones de la democracia deliberativa para la participación de los ciudadanos en condiciones de libertad e igualdad?

La solución que han desarrollado algunos tribunales como la Corte Constitucional Colombiana⁽⁵⁾, es asumir una posición activa, buscando poder superar esos escollos e implementar (o exhortar a los poderes públicos a que implementen) medidas para potenciar la deliberación pública. Esta actitud acorde con lo que hemos definido como “activismo judicial”, se convierte en dialógica en tanto “la intervención judicial genera espacios democráticos de deliberación con actores sociales y se elude la emisión de órdenes minuciosas que impiden el debate en el establecimiento de políticas públicas para solucionar problemas sociales” (Parra, 2016, 173). De esta manera, se empezaron a generar un elevado número de recursos judiciales solicitando tutela de derechos sociales y frente a la inacción de los órganos estatales para cumplir los estándares jurisprudenciales establecidos con anterioridad, la Corte constitucional ha desarrollado técnicas como la del “Estado de Cosas Inconstitucional”, en la cual frente a la identificación de una situación de violación masiva de derechos, los jueces impulsan la revisión de una política pública ordenando a los órganos competentes de diseñarlas e implementarlas a fin de cesar dicha vulneración de derechos (Parra, 2016, 166).

Sin embargo, como apunta Heber Campos Bernal, no todas las cortes activistas tienen como norte potenciar los mecanismos de deliberación pública, toda vez que detrás de las decisiones de los jueces constitucionales se pueda encontrar la puesta en práctica de una específica agenda política orientadas, por ejemplo, al cambio social como la colombiana pero que lo hace a través de mecanismos de litigio estructural de tipo deliberativo. En otros casos, como el del Tribunal Constitucional Peruano, se ha observado la asunción de una actitud paternalista, la cual ha sido percibida como una forma especial de responder ante la debilidad institucional de la democracia en el país (2012, 309).

Si bien, se podría considerar que los procesos modelo del activismo judicial dialógico son los procesos de inconstitucionalidad (sobre todo en modelos fuertes de control de constitucionalidad por su carácter erga omnes y la posibilidad que han establecido algunos sistemas de realizar el control sobre omisiones legislativas), las fronteras entre esta acción y otras como el amparo se han ido difuminando con el tiempo. De esta forma, se rompen los márgenes de determinados procesos que en un origen las decisiones derivadas de ellos tenían efectos inter partes, asemejándose cada vez más al proceso de control de constitucionalidad. Sin embargo, esto no ha evitado que la acción de inconstitucionalidad, por su naturaleza haya “sido un instrumento óptimo de participación y deliberación pública” (Campos, 2012, 316-317).

Cesar Rodríguez Garavito, a partir del análisis de los fallos emitidos por la Corte Constitucional de Colombia en materia de Derechos Sociales, las cuales son consideradas como paradigmáticas del activismo judicial dialógico, describe la manera en la que se produce el diálogo a partir de dichas sentencias:

las sentencias dialógicas establecen fines generales y procesos de ejecución claros, con plazos firmes y exigencia de informes de avances en la ejecución, al mismo tiempo que dejan las decisiones sustantivas y los resultados detallados a los organismos administrativos. Las órdenes de esta naturaleza no sólo son compatibles con el principio de separación de poderes, sino que pueden también promover la eficacia general de una determinada decisión. En segundo lugar, un enfoque dialógico de los casos de DESC fomenta los mecanismos participativos de seguimiento, como las audiencias públicas, las comisiones de vigilancia nombradas por el tribunal y las invitaciones a la sociedad civil y a los organismos administrativos para que presenten información relevante y participen en debates promovidos por el tribunal. Esos mecanismos promueven la deliberación democrática y mejoran los efectos de las intervenciones de los tribunales (2013, 7).

Es así que, el activismo dialógico comprende una serie de mecanismos que se activan desde la expedición de la sentencia, a fin de optimizar el diálogo, por un lado, entre los órganos estatales, y por el otro entre estos y la sociedad civil. De esta manera, no es posible reducir el carácter dialógico de estas sentencias a su contenido o a la exhortación de los poderes públicos, sino se deben valorar una serie de procedimientos que se producen a partir de ella y las condiciones en las que se dan las interacciones discursivas entre los actores involucrados.

Para Ana Timm Hidalgo (2011, 121-123), el activismo dialógico presenta los siguientes rasgos: 1) Conjuga el activismo judicial con la propuesta de la democracia deliberativa; 2) El activismo judicial produce órdenes más amplias en sus sentencias las cuales son obligatorias, perentorias y contemplan una etapa de procedimiento. Dichas órdenes tienen como finalidad de impulsar el diálogo; 3) El proceso de seguimiento de los fallos es de carácter periódico y público, constituyendo la parte más importante de este proceso, toda vez que los mecanismos de diálogo que existen intra-proceso, en muchas ocasiones son expresión del principio de contradicción, común en la mayoría de procesos judiciales. 4) Amplia intervención de actores, generando un diálogo entre la sociedad civil como de los entes estatales. 5) Las decisiones se legitiman como resultado de un proceso de diálogo. 6) El sustento normativo de dichas decisiones son los dispositivos que componen el derecho internacional de los derechos humanos y los derechos fundamentales (legales o constitucionales), revelando su importancia en la configuración de los procesos constitucionales como prácticas dialógicas; 7) Su origen se debió en gran medida a la vulneración de derechos humanos, que corresponden a los derechos económicos, sociales y culturales; 8) El fracaso de las políticas públicas (o la imposibilidad de calificar sus resultados como mínimamente aceptables) y las situaciones de exclusión que se produjeron a causa de ellas, habilitaron la intervención judicial. 9) La existencia de bloqueos institucionales en los diversos órganos estatales, como formas de inmunidad frente a la corrección convencional de sus políticas públicas, se tradujo en la incapacidad del Estado de responder ante las violaciones colectivas de derechos. 10) Actores sociales como las ONG o asociaciones de víctimas, al intervenir en los litigios judiciales han jugado un rol importante en la promoción de este tipo de activismo.

De esta forma, la expresión de este activismo judicial dialógico, es presentada como una renovación del constitucionalismo en la región. Consideramos que un aspecto a resaltar es el potencial que se le otorga al diálogo para poder superar los “argumentos” u “objeciones” basadas en las tesis originalistas que se presentan co-

mo democráticas, toda vez que se deja de lado una concepción petrificante de los dispositivos constitucionales, permitiendo actualizar su significado. Esto resultaría legítimo desde la óptica de la democracia deliberativa en cuanto se realiza como empresa colectiva. La incorporación de la ciudadanía y los entes estatales en asuntos tan importantes, como son las cuestiones constitucionales, implica comprender que el derecho “se encuentra un proceso dialógico con sujetos mediados por la historia y no abstracciones o entelequias de sujetos trascendentales, y sobre todo que su actuar humano se encuentra necesariamente enmarcado en el aquí y el ahora” (Flores, 2010, 94).

Juan Manuel Sosa plantea que frente a las objeciones democráticas que se pueden presentar al activismo judicial, este ha desarrollado algunas estrategias dentro de este modelo dialógico para superarlas, estas son: la visibilización de los problemas, el castigo de la ausencia o déficit de diálogo público o institucional, la inclusión de actores y voces en la deliberación del caso, La publicidad de las audiencias o las deliberaciones. Respecto a la visibilización de los problemas, en tanto forma de legitimación de la autoridad de los jueces constitucionales “alude a la posibilidad de que los tribunales constitucionales pongan en la agenda pública asuntos que inicialmente se encontraban excluidos del debate colectivo o eran poco atendidos” (2017, 8). De esta forma, las cortes se relacionan con la opinión pública, sacando a la luz situaciones que por diversos motivos no han tenido la atención debida, lo que no quiere decir que decida en última instancia sobre ella, sino que “llama” a los actores involucrados (o que deben involucrarse) para su atención.

El castigo de la ausencia o déficit de diálogo público o institucional se refiere a que las cortes latinoamericanas (la corte colombiana principalmente) han establecido como práctica la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, al identificar no solo vicios formales o sustantivos, sino por deficiencias en la deliberación pública que ha dado origen a tal norma. Por otro lado, también podría considerarse en este punto la aplicación (o falta de aplicación) de la consulta previa (Sosa, 2017, 10). Consideramos que, respecto a este punto, se puede observar el compromiso “fuerte” de las cortes con un criterio específico de legitimidad, en este caso el diálogo, tal como propone la democracia deliberativa.

La inclusión de actores y voces en la deliberación del caso implica la “inclusión en el proceso encaminado a la toma de decisiones, tanto de los actores directamente involucrados o afectados con el problema que se debe resolver, como de técnicos que puedan ofrecer sus consideraciones especializadas para tomar una mejor deci-

sión” (Sosa, 2017, 11). Para lograr tales fines, se pueden implementar una serie de mecanismos, como las audiencias públicas participativas, *visitas in loco*, *amicus curiae* entre otras.

Sobre la publicidad de las audiencias o las deliberaciones, el autor señala que en América Latina existen formas de publicidad menos restringidas que en otros países, por ejemplo, existen portales web donde las Audiencias Públicas son transmitidas en vivo y posteriormente alojadas para su reproducción (Perú), o las cortes cuentan con canales de televisión propios donde estas son transmitidas (Brasil)(Sosa, 2017, 13). Sobre este punto, es necesario resaltar que la publicidad facilita la discusión pública, lo que implica que aquello que sucede extra-proceso tendrá repercusiones intraproceso a través de los actores que representan a la sociedad civil.

Conclusiones

El activismo judicial dialógico, en tanto forma de activismo, permite al juez constitucional superar las trabas estructurales, así como la ausencia de condiciones ideales para el diálogo entre los actores involucrados en una determinada situación que vulnera el contenido de la constitución. De esta manera, ordena a los órganos públicos activen los procedimientos necesarios para la implementación de una política pública que permita frenar la vulneración de un derecho, por lo que emplaza a los diversos actores involucrados a que dialoguen con el fin de participar en la etapa de diseño. Para ello incorporan mecanismos como las audiencias públicas, *amicus curiae*, comisiones de seguimiento, etc., convirtiéndose los jueces constitucionales en garantes de las condiciones mínimas del diálogo entre actores libres e iguales.

El activismo judicial dialógico, al tener su origen en los planteamientos de la democracia deliberativa, pretende superar la tensión existente entre democracia y defensa de los derechos que se advierte desde la objeción democrática, mediante la incorporación de mecanismos que permiten la participación discursiva de la ciudadanía en el proceso de control de constitucionalidad a la vez que los jueces garantizan los derechos que permiten dicha participación. Asimismo, pretende responder a los cuestionamientos a su legitimidad a partir de su grado de representatividad, emitiendo sentencias que si bien advierten una situación de inconstitucionalidad, exhortan a los órganos públicos a que corrijan dicha situación, dejando un amplio margen para la toma de decisiones respecto al diseño de las políticas públicas. Sin embargo, esto no exceptúa a dichos órganos a que sus actos sean controlados con posterioridad para determinar si se ha cumplido efectivamente con superar la situación inconstitucional en los términos establecidos por la Corte.

En síntesis, podemos señalar que el activismo judicial dialógico, involucra un tipo particular de diálogo (uno basado en argumentos imparciales y racionales) entre los actores que participan en el marco de un proceso que versa sobre una controversia constitucional (los jueces, los potencialmente afectados o sus representantes, representantes de otras ramas de gobierno) promovido por los jueces en contexto de “constitucionalismo fuerte” y que se produce en diversos momentos (en el momento deliberativo propiamente dicho antes de la emisión de la sentencia o a partir del mandato contenido en la sentencia). Si bien no hay un solo mecanismo mediante el cual se active el diálogo constitucional, sus ventajas —desde la perspectiva de la democracia deliberativa— solo podrán determinarse en la medida que permitan la participación de la ciudadanía en condiciones de igualdad y libertad (pudiendo corregir previamente las deficiencias estructurales que impiden alcanzar esas condiciones) así como la interacción discursiva entre aquellos y las entidades estatales emplazadas por la judicatura. Sin embargo, podríamos afirmar, que mecanismos como las audiencias públicas o el *amicus curiae* tienen un potencial “dialógico” al caracterizarse por incluir la participación discursiva de diversos actores en el marco de un proceso constitucional, por lo que resultan convenientes para desarrollar prácticas de control de constitucionalidad acordes al ideal democrático deliberativo.

Referencias

- Alterio, A. (2016). Constitucionalismo popular. *Eunomía* (10), 158-165.
- Belloso, N. (2010). Algunos dilemas sobre la jurisdicción constitucional. *Revista do Direito UNISC*, (34), 134-154.
- Berlin, I. (1988). *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Alianza.
- Bickel, A. (1962). *The Least Dangeorus Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Yale University Press.
- Campos, H. (2012). El activismo judicial y el constitucionalismo del futuro. En H. Campos, *Control constitucional y activismo judicial* (pp. 309-317). Ara Editores.
- Córdova, P. (2016). Constitucionalismo dialógico y última palabra. Una agenda de políticas deliberativas para las cortes constitucionales. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (21), 253-270.
- Domínguez, H. (2013). Democracia deliberativa en Jürgen Habermas. *Analecta Política*, 4(5), 301-326.
- Durango, G., Marín, M., y Valencia, J. (2017). Línea jurisprudencial de la democracia deliberativa en la Corte Constitucional colombiana. *Estudios de Derecho*, 74(164), 223-254.
- Elster, J. (1998). *Deliberative democracy*. Cambridge University Press.
- Faúndez-Ledesma, H. (2009). *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Flores, D. (2012). Aproximación al constitucionalismo popular. *Cognitio Iuris*, 2(2), 32-39.
- Flores, D. (2010). La acción pública de inconstitucionalidad como garantía del Estado constitucional en Colombia. *Opinión Jurídica*, 9(18), 89-106.

- Friedman, B. (1998). The History of the Counter Majoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy. *New York University Law Review*, 73(2), 333-433.
- Galván, E. R. (2017). Recensión del Libro: Las audiencias públicas de la Corte Suprema: Aperturas y límites de la participación ciudadana en la Justicia. *Derecho y Ciencias Sociales*, 17, 272-290
- García, J. E. y Verdugo, S. (2013). Activismo judicial un marco para la discusión. *Revista Jurídica del Perú*, 113, 63-82.
- Gargarella, R. (2019). La revisión judicial en democracias defectuosas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 9(2), 153-169.
- Gargarella, R. (2014). El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de frenos y contrapesos. En R. Gargarella (Ed.), *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática* (págs. 119-158). Siglo XXI.
- Gargarella, R. (1997). La dificultad de defender el control judicial de las leyes. *Isonomía*, (6), 55-70.
- Giuffré, C. (2018). Democracia deliberativa y surgimiento del constitucionalismo dialógico. *Ética y Discurso*, 3(1), 35-60.
- Giuffré, C. (2016). *Democracia deliberativa: institucionalización de instrumentos jurídico-dialógicos*. <http://www.saij.gob.ar>
- Goncalves, N. (2008). Amicus curiae e audiências públicas: instrumentos para uma jurisdicao constitucional democrática. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, 11(2), 385-401.
- Habermas, J. (1994). Derechos humanos y soberanía popular: las concepciones liberal y republicana. *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 2(3), 215--230.

- Hogg, P. y Bushell, A. (2014). El diálogo de la Carta entre los tribunales y las legislaturas. En R. Gargarella, *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática* (págs. 17-50). Siglo XXI.
- Lopera, G. (2016). La problemática legitimidad de la justicia constitucional. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (2016), 227-256.
- Martí, J. L. (2006). *La República Deliberativa*. Marcial Pons.
- Niembro, R. (2017). *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*. Madrid: Tesis para optar el grado de Doctor de la Universidad Complutense de Madrid.
- Niembro, R. (2013). Una mirada al constitucionalismo popular. *Isonomia* (38), 191-224.
- Niembro, R. (2012). Las respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad como forma de diálogo constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (95), 139-168.
- Olivares, N. (2017). Democracia Deliberativa y Control de Constitucionalidad: en defensa de un diseño multisituado. *Revista de Derecho - Universidad del Norte*, (47), 167-206.
- Parra, O. (2016). De la Constitución de 1917 al Activismo Dialógico: aportes latinoamericanos en materia de derechos sociales. En L. Guerrero, y C. Pelayo, *100 años de la Constitución Mexicana: De las garantías individuales a los Derechos Humanos* (pp. 161-191). UNAM.
- Rivero, M. (2010). Jurisdicción constitucional: ecos del argumento contramayoritaria. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* (22), 223-260.
- Rodríguez, C. (2013). Activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 14(2), 1-27.
- Santiago, A. (2008). Neoconstitucionalismo. *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Política*. Instituto de Política Constitucional, Tomo 35.

- Sosa, J. M. (2017). *Activismo judicial de los tribunales constitucionales y su posible legitimación a través de mecanismos vinculados a la democracia deliberativa*. Obtenido de Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito. <http://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2017/08/Juan-Manuel-Sosa-Sacio-Peru.pdf>
- Sosa, J. M. (2017). Los derechos sociales, su exigibilidad y el activismo judicial dialógico como modelo a seguir. *Cuadernos sobre Jurisprudencia Constitucional*, (12), 63-91.
- Timm, A. (2011). *Activismo judicial progresista, dos propuestas contemporáneas: El uso alternativo del Derecho y el Activismo Dialógico*. Getafe: Tesina de Máster de la Universidad Carlos III de Madrid - Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas".
- Waldron, J. (2018). Control de constitucionalidad y legitimidad política. *Dikaion*, 27(1), 7-28.

Notas

¹ Waldron rechaza esta denominación por dos razones: 1) los tribunales generalmente toman decisiones en base al principio de mayorías y 2) que la preocupación sobre legitimidad del judicial review debe pensarse en relación a la privación de derechos políticos de los individuos, no es un asunto de “mayorías” (2018, 27-28).

² En el presente trabajo utilizaremos el término “democrático”, lo que si bien no resulta menos problemático, al ser un significante que exige un ejercicio de justificación en los términos de las diversas teorías y modelos de democracia, permite evitar reducir el problema de la legitimidad a la observancia del principio de mayorías.

³ Las audiencias públicas, se puede comprender como un momento en el marco de un proceso judicial donde interactúan jueces, las partes y público (Galván, 2017, 279). El mecanismo denominado “amicus curiae” se refiere a las intervenciones que realizan terceros ajenos al litigio, quienes ofrecen información o argumentan desarrollando la posición jurídica de alguna de las partes o argumentando en defensa del interés general (Faúndez-Ledesma, 2009, 716). Sin embargo, como apunta Giuffré (2018, 47) estos no son los únicos mecanismos que se encuentran en “sintonía” con el ideal democrático deliberativo; al respecto, se han identificado como tales a las sentencias

exhortativas, la consulta previa, la implementación de las sentencias estructurales, la elección popular de los jueces, entre otras.

⁴ En un sistema de control fuerte (caso de Estados Unidos o Colombia) la declaración de inconstitucionalidad hace inoperable la norma cuestionada. En el caso de los sistemas débiles, si bien la declaración de incompatibilidad puede producir importantes efectos políticos, no vuelve inoperable por sí misma la norma cuestionada (Waldron, 2018, 12).

⁵ La línea jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia en dirección a la democracia deliberativa, como apuntan Durango, Marín & Valencia (2017, 245-250), se puede encontrar en las siguientes sentencias: C-013/93, C-180/94, C-386/96, C-585/95, C-222, C-543, C-089/99, C-557/00, C-737/01, C-760/01, C-915/01, C-951/01, C-487/02, C-1039, C-1040/05, C-614/02, C-688/02, C-872/02, C-776/03, C-473/04, C-573/04, C-668/04, C-1039/04, C-1040/05, C-1153/05, C-175/09, C-034/09, C-141/10, C-252/12, C-011/13, C-105/13, C-246/13, C-387/15, C-230/16, C-699/16, T-445/16, C-674/17.