

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Paúl Córdova Vinuesa* (Ecuador)

Constitucionalismo dialógico y última palabra. Una agenda de políticas deliberativas para las cortes constitucionales

RESUMEN

El trabajo inicia con una evidencia empírica: algunos sistemas jurisdiccionales latinoamericanos contienen escasos instrumentos dialógicos y cooperativos. A continuación, examina un marco analítico para plantear esquemas deliberativos que promuevan nuevas prácticas constitucionales y, en esa perspectiva, dimensionar los alcances de un activismo jurisdiccional dialógico hacia la construcción de un control democrático de constitucionalidad. Para pensar otro tipo de constitucionalismo y sus desafíos, propone una agenda básica de políticas e innovaciones institucionales para las cortes constitucionales de la región.

Palabras clave: justicia dialógica, sociedad civil y políticas constitucionales.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag beginnt mit einem empirischen Befund: Manche lateinamerikanische Rechtssysteme verfügen nur über sehr begrenzte dialog- und kooperationsorientierte Instrumente. Anschließend untersucht der Artikel einen analytischen Rahmen, um Beratungsmodelle zu entwerfen, die die Entwicklung neuer verfassungsrechtlicher Praktiken, insbesondere dem Geltungsbereich des dialogorientierten Rechtsaktivismus zur Entwicklung einer demokratischen Normenkontrolle, dienen. Mit Blick auf eine andere Art des Konstitutionalismus sowie auf die an ihn gestellten Herausforderungen wird eine Agenda mit grundlegenden politischen Maßnahmen und Innovationen institutioneller Art für die Verfassungsgerichtshöfe der Region vorgeschlagen.

* Doctor en Jurisprudencia y docente de la Universidad Central del Ecuador. hpaulcordova@yahoo.es.

Schlagwörter: Dialogorientiertes Rechtssystem, Zivilgesellschaft und Verfassungspolitik.

ABSTRACT

This work begins with empirical evidence: some Latin American jurisdictional systems contain few dialogic and cooperative instruments. Next, it examines an analytical framework for proposing deliberative schemes that promote new constitutional practices and, from that perspective, measure the scope of a dialogic jurisdictional activism toward the construction of a democratic review of constitutionality. The work proposes a basic agenda of policies and institutional innovations for the constitutional courts in the region, as the basis for thinking about other types of constitutionalism and their challenges.

Keywords: dialogic justice, civil society and constitutional policies.

Introducción

El constitucionalismo dialógico es una alternativa institucional que complementa el modelo de democracia deliberativa, donde los órganos del poder público 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.

Varios tribunales en Colombia, la India, Sudáfrica, Canadá y otros países desarrollan procesos de activismo judicial dialógico y suscitan aportes relevantes para el cambio social.¹ Uno de los grandes legados de estas jurisdicciones para el mundo constitucional es la búsqueda de decisiones deliberativas que contribuyan a redefinir su rol para superar los procesos monológicos.

¿Cómo es posible fortalecer el papel de los tribunales en la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales? Mediante nuevas prácticas institucionales en sus litigios que permitan la deliberación entre las cortes, la sociedad civil y los poderes del Estado. Este trabajo señala que los diseños políticos latinoamericanos deben revisar sus modelos para avanzar hacia esquemas de constitucionalismos dialógicos, donde los problemas sobre los derechos y las garantías involucren a las distintas ramas del poder y a la ciudadanía para la toma de decisiones.

¹ Sobre este tema, consultar el trabajo de César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2015.

1. Punto de partida. Diseños institucionales conflictivos sin espacio para el constitucionalismo dialógico

Si partimos de la premisa de que ciertos textos constitucionales latinoamericanos recrean las disputas de poder, y no contienen suficientes mecanismos institucionales para resolverlas mediante espacios colaborativos y cooperativos (ver los casos de Ecuador, Bolivia, Brasil y Venezuela), podemos identificar que el diseño institucional imperante no logra procesar perspectivas más participativas y democráticas para la implementación de políticas dialógicas.²

Una evidencia de aquello es que los comportamientos de los actores políticos y los jueces constitucionales definen y deconstruyen la constitución en sus escalas de lenguaje cultural del conflicto político. Sería oportuno, entonces, afirmar que la norma fundamental reproduce y legitima aquellos conflictos, pero no necesariamente contiene instrumentos para su procesamiento dialógico.

Las dificultades de desempeño institucional del Estado, en cuanto a su efectividad, se deterioran o recuperan según las respuestas que ofrezca su arquetipo democratizador. Según esa perspectiva, un modelo de constitucionalismo dialógico puede intensificar los niveles de articulación institucional y reforzar los controles al poder para que funcionen sus límites. Así, el texto normativo se convierte en un lenguaje mediante el cual interpretamos los conflictos y buscamos salidas deliberativas para ellos.

El lenguaje constitucional es inacabado justamente porque no contiene la totalidad de esas experiencias. El *texto* no logra represar todos los aspectos de su realidad porque no tiene las capacidades para describir aquellas cuestiones conflictuales que lo hacen estar presente o ausente de las dislocaciones que se forman en el andamiaje estatal. Frente a ello, la interpretación constitucional funciona como un espejo vivo de los conflictos existentes en toda *norma máxima* y su incidencia en la naturaleza estatal, porque genera en su experiencia operacional dos culturas: la cultura democrática y la cultura del constitucionalismo autoritario.

La *norma máxima* no puede acumular en ella la totalidad de la experiencia estatal, sino que requiere intensos procesos dialógicos de los actores institucionales. Los conflictos políticos de esa institucionalidad se encuentran represados en su lenguaje escrito. Empero, el procesamiento y entendimiento de aquellos rebasan el lenguaje y sus tiempos porque varios de sus elementos constitutivos están fuera de los ámbitos que diseña el lenguaje constitucional. Los derechos y las garantías son otros modos de comunicar los controles al poder, y aunque este construye su propio lenguaje frente al de la constitución, la forma de preservar la supremacía de ella

² Al respecto, ver el trabajo de Roberto Gargarella, “Nuevo constitucionalismo frente al sistema de los frenos y contrapesos”, en Roberto Gargarella (comp.), *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014, pp. 119 y ss.

radica en que el lenguaje del poder no se convierta en autónomo e independiente del definido por la norma iusfundamental.

Desde luego, la interpretación debe volver traducible el lenguaje constitucional a las formas en que se construyen culturalmente los conflictos –re-conociendo sus contextos– y sus resultados, precisamente porque esa tarea interpretativa también es un proceso y un efecto cultural que provoca más disputas político-institucionales, al tiempo que expande mayores representaciones para su comprensión y transforma las claves del conocimiento sobre su realidad.

1.1. Tribunales deliberativos para un diálogo constitucional

Las máximas cortes y magistraturas requieren una permanente interrelación con la ciudadanía y políticas participativas con otras ramas del poder público para mejorar el desempeño de los procesos constitucionales.

Cuando les corresponde ejercer interpretaciones y controles de constitucionalidad, y velar por el cumplimiento de procedimientos iusfundamentales no están desarrollando un rol que no le compete a la ciudadanía. Ella debe ser parte de esos procesos. Pero, eso es posible cuando es capaz de intervenir y participar con argumentos razonados y racionales en la esfera pública para conocer y opinar en la interpretación de la ley fundamental. Para ello, los jueces deben discutir cómo entienden su papel y cómo pueden aportar para reactivarlo con lógicas deliberativas y participativas.

El núcleo de la interpretación constitucional es dinámico. Los argumentos legales-fácticos son confrontados, remodelados y reorganizados para definir la última palabra. El juez ejerce un rol preponderante para crear o reproducir el derecho existente. Y en la búsqueda de sus definiciones, es capaz de trastocar, derribar o desechar fundamentos nuevos o tradicionales para dar espacio a la visión que cree de la constitución. Esta función no está desprovista de politicidad. Su quehacer consiste en hurgar los presupuestos normativos para enlazarlos con las diversidades y realidades sociales que son sujetas a su conocimiento, donde deben encontrar los contrastes o desequilibrios para prever dónde puede estar la salida. En ese ámbito, los jueces combinan una labor jurídico-política porque asumen modos de comprensión y razonamiento legal para la institucionalidad y las relaciones de poder que existen en la sociedad y sus procesos conflictuales, donde deben asumir las subjetividades políticas para encarar los lugares que definen la vida en común: formas organizativas, variadas disputas, costumbres y desarraigos, intereses y sus desplazamientos, es decir cómo afrontan las perspectivas y los dilemas que encierra la vida cotidiana.

Todo aquello que hace el juez (cómo piensa y se comporta) también está construido por su posición con relación al derecho y sus pensamientos dominantes. Esta relación es determinante para entender sus decisiones. Puede ser capaz de romper de forma radical con su pasado –usar razonamientos similares o afines que le asistieron en casos anteriores– o de concretar una salida innovadora y reciente –argumentos y

razonamientos nuevos-. Así, en todo momento, apunta a una dirección que marca también una posición con relación al poder.

La capacidad política del juez en su accionar consiste en desafiar los dominios ilimitados del derecho para hacerlo actuar en los problemas cotidianos y prácticos. El operador de justicia es un constructor del contexto político de la justicia y es también su consecuencia. Sus prescripciones se inscriben para reproducir o alterar ese contexto. Por ello, sus métodos y prácticas para entender y actuar con la norma jurídica son también las posturas políticas que emplea para aplicarla. Las contradicciones sociales que se expresan en la sociedad reciben respuestas de los jueces para blindarles mayor seguridad o reformular sus cimientos. El derecho puede entrañar esas contradicciones o perpetuarlas. Entonces, el juez puede plantear los resultados posibles y dar paso a las consecuencias políticas que generan la vigencia de una norma. Este rol manifiesta modos distintivos de pensamiento a la comprensión (política) del derecho. El juez constitucional genera y propone alternativas para analizar en qué momento se halla el derecho frente a una situación concreta, para sugerir hacia dónde se encamina y qué debe hacerse al respecto. La política y lo político del derecho requieren la intermediación del operador constitucional para revelar las precisiones normativas y fácticas sobre los problemas que enfrentan.

Los sentidos interpretativos de la constitución pueden estancarse o también pueden distorsionarse en la voluntad de los jueces. A posteriori no es complicado detectar varios mensajes interpretativos que preceden a las dificultades mayores derivadas de las tareas de los jueces. Ellos son los responsables de hacer posible un derecho que entienda y facilite la vida de los pueblos, o de retardar las formas de materializar los derechos y el derecho en las comunidades. ¿Puede el derecho ofrecer posibilidades de solución a los problemas actuales de la gente? Los argumentos y las respuestas a esta pregunta, así como las formas de contestar que tienen los jueces, son cuestiones de acción política y que entrañan un rol político.

El derecho opera a partir de un estado de cosas y también funda ese estado. Los actores de la jurisdicción constitucional actúan en ese contexto para darle un sentido al derecho desde sus concepciones intersubjetivas políticas de la justicia, el orden, la autoridad y la norma, donde establecen su posición en ese estado de cosas. Los jueces también adaptan políticamente ese estado mediante la coerción o el consentimiento para dar forma a los detonantes jurídicos que lo profundizan, y ese quehacer es la continuación del ejercicio para dar vigencia al cómo y al porqué de las proposiciones normativas en cada momento que está sujeto a su determinación.

La adjudicación iusfundamental se sustenta en discusiones políticas y filosóficas sobre los derechos y las garantías para la comunidad. Y esas discusiones no pueden cerrarse ni agotarse en los criterios exclusivos de los operadores de justicia. Por tanto, de lo que se trata es de abrir esas discusiones a la comunidad y que sea la promotora, impulsadora e instancia decisiva en esos debates. Los modelos institucionales latinoamericanos se caracterizan por consagrar procesos donde las definiciones para la interpretación de la división de poderes y la independencia judicial se restringen

a la intervención de la actoría institucional, y deja por fuera –generalmente– las innovaciones y diversidades que los actores sociales pueden contribuir en la búsqueda de esas definiciones.

Huelga señalar que ciertos diseños latinoamericanos atraviesan serios fenómenos marcados por la crisis del control de constitucionalidad (revisar los casos de Ecuador, Brasil, Venezuela, Argentina y Bolivia), donde aparecen variados procesos conflictuales como: i) mayores diputadas políticas de los jueces constitucionales con los actores político-partidarios; ii) entrecruzamientos permanentes de las decisiones judiciales en las políticas públicas y en gestión del Ejecutivo; y iii) la ascensión del poder judicial con su intervención constante en las políticas institucionales y sus frágiles límites.

Las cuestiones políticas y el tratamiento judicial para su resolución no pueden agotarse en los votos solitarios de un grupo de jueces. Son cuestiones que merecen ser discutidas en escenarios múltiples: con y para la sociedad. A propósito, la naturaleza actual de los Estados está signada por distintos tipos de intromisiones judiciales en los procesos de formación de la voluntad gubernamental. Los roces y abusos que pueden suscitarse en el quehacer judicial pueden causar trastornos en los procesos constitucionales. Si bien no se trata de cuestionar la trascendencia del papel jurisdiccional en los equilibrios estatales, sí hay que advertir que frente a un excesivo judicialismo, como paradigma de la última palabra constitucional, la reactivación de las voces y protagonismos populares pueden ser instrumentos de democratización para los conflictos políticos.

Las autoridades de elección popular expresan decisiones de la voluntad soberana y los fallos de los jueces no pueden ir más allá de esas decisiones ni alterarlas. Su actuación no puede reivindicar únicamente la impronta de mayorías judiciales como forma de expresión democrática en la adopción de sus fallos por la presencia del voto de los jueces. Frente a ello, los constitucionalismos necesitan intermediaciones dialógicas e instancias deliberativas con la participación social para contener y conectar el quehacer judicial con las agencias estatales mediante las discusiones argumentativas de sus pugnas para mirar cómo dirimir la constitución y ayudar a pensar su destino. La voluntad ciudadana debe estar presente en las instancias judiciales y en los repertorios del Ejecutivo y sus políticas.

Por otra parte, los debates de los jueces sobre los alcances de los derechos reconocidos en la constitución están permeados por decisiones políticas, que no atañen únicamente a los poderes públicos, porque atraviesan e inciden en temas complejos que implican las formas como una sociedad construye sus derechos. Por citar unos ejemplos, pueden mencionarse la justicia indígena, la plurinacionalidad, los derechos de pueblos y nacionalidades, la interculturalidad, entre otros.

Y es que no está en cuestionamiento que los jueces intervengan en los conflictos políticos –porque su tarea está pensada para ello–; lo indispensable en la propuesta de modelos conversacionales y dialógicos es que su intervención se rijan por parámetros argumentativos y deliberativos con los poderes públicos y la sociedad. Por

cierto, que esa exigencia responde a que los operadores de justicia constitucional deben defender justamente los principios de la democracia, lo cual, generalmente, implicaría suscitar permanentes disgustos al poder, incomodarlo, ponerlo en evidencia, expurgar sus reales pretensiones; y esto, por una simple razón: el poder democrático debe siempre volver a la sociedad, no enquistarse en el Estado.

1.1.1. Activismo jurisdiccional dialógico y conversacional para un control constitucional democrático

¿Existe primacía de los poderes políticos del intérprete sobre los límites normativos? Si bien la interpretación final de la constitucionalidad de los actos de los poderes públicos le corresponde al máximo organismo o tribunal de cierre constitucional,³ este es un rol eminentemente político. No obstante, también requiere discutir sobre sus controles y los alcances de su independencia con la evaluación de sus conflictos institucionales porque, de lo contrario, estamos frente a escenarios jurisdiccionales con poderes ilimitados.

Puede ser una tragedia vivir bajo este aforismo: “La constitución es lo que los jueces dicen que es”;⁴ sin embargo, lo medular para nuestras democracias constitucionales es asumir que necesitamos instrumentos que puedan contener al poder porque i) existen poderes otorgados que ii) deben funcionar a partir de controles recíprocos. Y el punto central para discutir es que el control de los controles es el control de constitucionalidad.

Pero, para posicionar ese control, el organismo encargado de hacerlo debe cuidar de no caer en ejercer controles descontrolados. Su tarea es defender la supremacía constitucional y, a partir de allí, sus fallos pueden caer en la tentación de defender la supremacía institucional del organismo que los emite frente a la carta máxima, cuando de lo que se trata es de bregar por la defensa del ordenamiento constitucional y no de una institución.

³ Conforme el diseño institucional de cada Estado, compete este tipo de control al tribunal o corte constitucional o corte suprema de la función judicial. Lo interesante de discutir este tema, y acercarlo a la naturaleza política de sus actores, radica en reconocer que la configuración de estos organismos puede sobrepasar el poder que poseen las *funciones* del Estado y convertirse en un megapoder, o incluso un poder constituyente permanente. Por consiguiente, es pertinente formular la siguiente pregunta aplicable según las variantes para cada caso: la corte constitucional, ¿un poder con más poder que otros poderes del Estado? La pregunta original fue planteada en los siguientes términos: “La Corte Suprema, ¿un poder con más poder que los otros poderes?”, pertenece a Germán Bidart Campos y consta en su obra *La Corte Suprema*. La utilizo cambiada en esta sección para expresar la racionalidad política de los jueces y enfrentarla a otros contenidos conceptuales y categorías analíticas con relación a los límites del control e interpretación constitucional.

⁴ Jorge Bercholc explica dos posiciones sobre la autoría de este aforismo: según G. Bidart Campos, le corresponde a Hughes, mientras que Juan Carlos Hitters la atribuye a Cooley (ver *La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad respecto de los otros poderes políticos del Estado (1935-1998)*, Buenos Aires, Ediar, 2004, p. 32. Para mayor información ver pie de página 25).

No es pertinente pretender exigir los mismos estándares de independencia judicial que a los jueces de primer nivel, porque el juez constitucional es un actor político que debe elegir, entre diversas opciones hermenéuticas constitucionales, la que más convenga para la plena vigencia de la república democrática. No hay que perder de vista que son políticos porque tienen y usan un poder frente a las expresiones políticas de los demás poderes del Estado.

El óbice surge cuando por ser el máximo órgano que concretiza la norma iusfundamental cree estar exento de límites interpretativos, o que estos no deben tener controles por tratarse del más alto instrumento jurídico. El límite trascendental de la interpretación constitucional debe trazarse por el desafío de buscar un constitucionalismo dialógico con otros poderes del Estado, no en imponer su visión político-jurídica frente a aquellos, ni en reemplazarlos en sus funciones.

Otro de los límites interpretativos es que la tarea del máximo tribunal no consiste en entregar, permanentemente, significados modificatorios de la constitución, sino en afianzar su estabilidad normativa. El poder de la corte o tribunal constitucional debe discutirse a partir de reconocer que está sujeto a presiones políticas de otras funciones del Estado, reconocimiento que no debe ser en un sentido peyorativo, sino con la finalidad de asegurar que el control de constitucionalidad no puede convertirse en un poder que les corresponde a otros órganos del Estado.

El control constitucional es un poder que necesita tener concreciones puntuales y restrictivas porque una institución, por más trascendental que sea para la vida constitucional, no puede ser más fuerte que el conjunto de la institucionalidad estatal. ¿Cuáles son los controles independientes que pueden activarse para hacer valer la autorrestricción de los jueces constitucionales?

Hay que empezar por que los jueces constitucionales deben explicitar y transparentar sus posiciones políticas, puesto que eso ayudaría a que la sociedad les exija definir los límites de su poder en los asuntos y procesos que traten.

No es posible discutir su poder a partir de que los jueces constitucionales nieguen o ignoren su actoría política. Deben aceptarlo, precisamente, como una muestra de interés y preocupación para el desarrollo del pluralismo jurídico como una corriente de interpretación que exige la hermenéutica moderna por una razón cardinal: administrar justicia iusfundamental exige también que tengan un poder para hacer control constitucional, y ese poder no es exclusivamente técnico-jurídico, está más allá (o por fuera) de las luchas políticas. Ese es un poder que actúa sobre/para aquellas.

Si no discutimos la justicia constitucional en términos del aparato político del Estado, las coaliciones gobernantes y las fuerzas apolíticas en disputa en cada momento histórico, no es posible cambiar la forma como funciona esa justicia en la práctica.

Si no debatimos, desde los factores reales de poder de la institucionalidad y sus microfísicas, no es posible desenmarañar sus vínculos políticos porque seguiremos esperando que usen exclusivamente un ropaje institucional que les desborda.

Hay dos retos pendientes para discutir el rol político de los miembros de una corte o tribunal constitucional: i) su designación está en manos del poder político y ii) la autoridad de los jueces de este alto tribunal debe ser políticamente limitada;

es decir, cuando se pronuncia en cuestiones constitucionales no puede desestimar o desconocer las perspectivas de otras instituciones (más) democráticas.

Su desafío está en cómo puede construir un diálogo político transparente con ellas y con la sociedad. Lo clave también está en entender que su poder no puede ser mayor que el de la ciudadanía y su constitución. Para ello, el gran consenso debe ser reconocer que no pueden estar por encima de las demás funciones y de la ley suprema. Ser su guardián no supone ubicarse en el mismo nivel o más allá de la supremacía de ella.

El gran tema pendiente es cómo incorporar al sistema de justicia constitucional mecanismos deliberativos abiertos para que los ciudadanos también participen de los procesos interpretativos de la constitución.

Necesitamos actualizar y reformar el diseño institucional vigente para fijar límites oportunos hacia las condiciones del ejercicio interpretativo, así como para los parámetros de habilitación de los jueces en el control constitucional. Estos aspectos indispensables deben promoverse, tanto en la etapa de designación como en el momento de ejercicio de funciones de los miembros del máximo tribunal.

El ejercicio del control de constitucionalidad implica intervenir en los conflictos políticos sin despolitizar el accionar y la argumentación de los jueces, sino a partir de exigirles una deliberación política pública, la cual debemos pedirle que se ubique en uno de los intereses republicanos para servir a los propósitos de los frenos y contrapesos institucionales: no para anularlos.

Las brechas interpretativas entre lo que la constitución dice y lo que los jueces deciden que esta dice, no se cierran desde la negación o el purismo apolítico de los magistrados, sino a partir de su convencimiento de que son actores políticos y jurisdiccionales que deben estar abiertos a discutir políticamente con la sociedad sin vaciar sus fallos de contenidos políticos, sino incorporándolos en la agenda pública con deliberación social y procedimientos dialógicos con la institucionalidad.

Debido a los poderes, capacidades y lugar institucional, los tribunales pueden aportar, según Gargarella, para un diálogo constitucional en los Estados a partir de diferentes iniciativas democráticas como las siguientes:

Cooperar para que las normas legislativas surjan como producto de un intercambio de razones y no como la simple imposición de un grupo de interés o sector de la sociedad sobre los demás; solicitar a los legisladores que abran al público el proceso de toma de decisiones para reducir la influencia de grupos de interés; requerir a las autoridades políticas que convoquen audiencias públicas para supervisar temas complejos de la aplicación de la ley; examinar los procesos legislativos para garantizar debates genuinos; colaborar en el diseño de las soluciones y políticas frente a violaciones de derechos; convocar a reuniones públicas para promover debates abiertos⁵ para soluciones adecua-

⁵ Roberto Gargarella, "Justicia dialógica en la ejecución de los derechos sociales. Algunos argumentos de partida", en Alicia Ely Yamin y Siri Gloppen (coords.), *La lucha por los dere-*

das a las violaciones de derechos; revisar las decisiones políticas específicas y determinar si las autoridades políticas cumplieron con sus obligaciones legales en el proceso decisional; entre otras.

2. La función de los jueces como actividad dialógica con la ciudadanía

¿Funcionan los límites normativos de la interpretación para los jueces políticos? Toda constitución expresa un proyecto político-ideológico para una sociedad; y los jueces, al convertirse en los defensores de ese designio, llegan a ser también los grandes promotores políticos de su implementación.⁶ Ubicar el carácter político de los jueces constitucionales no reside en señalar un quehacer militante partidario de estos, sino en reconocer que en el cumplimiento de sus funciones existe una naturaleza política irrefutable.⁷

El ejercicio de la tarea interpretativa y del control constitucional corresponde a funciones políticas que representan varios peligros. En palabras de Bercholz serían:

i) la tensión entre la razón de Estado y las pretendidas razones jurídicas, el también llamado “decisionismo político”; ii) el difuso y complejo límite entre su función de control de actos legislativos o de “legislador negativo” pero vedado el campo de actuación como “legislador positivo” por gracia de la división de poderes, que reserva ese ámbito a los otros poderes políticos del Estado; iii) el rol del tribunal más preocupado, o por las garantías individuales o por la consolidación del proceso político democrático como proceso de afianzamiento de las libertades públicas; iv) la función constituyente y legislativa complementaria que debe inexorablemente asumir la Corte dada la imprecisión, ambigüedad y vacíos que presentan los textos constitucionales.⁸

chos de la salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2013, pp. 289-2.

⁶ Los jueces constitucionales desempeñan una gran influencia en las relaciones políticas de la vida estatal y son quienes dan forma a la intervención de la constitución en ellas. Incluso autores como Alfonso García Figueroa ubican esta característica como uno de los requerimientos para alcanzar un proceso de constitucionalización del sistema jurídico y sostiene que “los principios constitucionales con su fuerte impronta moral y política intervienen en la argumentación política, rigen las relaciones entre los poderes del Estado y, lo que es más relevante para nuestros fines, permiten así a órganos jurisdiccionales como el tribunal constitucional entrar a examinar la argumentación política que subyace a las normas jurídicas” (“La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo”, en Míguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2009, p. 164).

⁷ García Figueroa advierte: “[L]a argumentación jurídica tiende a transformarse en argumentación moral y política, reforzando así la unidad del razonamiento práctico” (*ibid.*, p. 164).

⁸ Bercholz, *op. cit.*, pp. 32-33.

La función del juez estriba entre ampliar y expandir las garantías de los derechos o impulsar y justificar las arbitrariedades. Pero su carácter político se acentúa al máximo cuando se enfrenta al poder político para decirle sí o no; y, en ese escenario, es menester evidenciar si afianza los instrumentos jurídicos que le permitan interpretar la verdad jurídica existente, o si los desnaturaliza para posicionar falacias en procura de cristalizar una verdad política. Por ello, es inviable la división entre política y derecho.

Desacreditar un proceso legal porque aparentemente se hizo político o explicar su realidad a partir de los fenómenos de la politización de la justicia o la judicialización de la política es una visión simplista, donde se desconoce que hacer derecho es una actividad vinculada a la política.⁹ Hay que admitir que los jueces siempre han sido un poder político, y para la consagración de los fines constitucionales es indispensable empezar a tratarlos como tal. Es necesario cuestionar la independencia de la judicatura constitucional para que los propios actores institucionales se legitimen o no con su accionar, demuestren cómo usan la ley suprema y si esta tiene destinatarios especiales, analizar sus fallos en la sociedad y estudiarlos críticamente en las universidades, preguntarles si son partidarios de una república para proteger a la sociedad o si esta es la que debe salir en su defensa para recomponer sus responsabilidades republicanas.

Cuando, por ejemplo, existen casos de operadores constitucionales que salen a favor de “los derechos del Estado” y no de los individuos, es posible precisar cómo están tomando partido. Cuando reducen las garantías jurisdiccionales para desamparar a la ciudadanía, o cuando se convierten en portadores de ecos complacien-

⁹ La naturaleza política del tribunal constitucional no se refiere a la noción tradicional de “hacer política”, sino a la de “hacer derecho”, según César Landa. Este autor explica que “se trata de una concepción que nace a partir de su reconocimiento –en última instancia– como vocero del poder constituyente, en la medida que es el intérprete supremo de la constitución. Esta concepción, a su vez, se encuentra determinada tanto por sus decisiones, que pueden tener efectos políticos, como por la posibilidad de someter a control constitucional las denominadas cuestiones políticas (*political questions*). Si bien la tensión entre política y derecho es un conflicto universal y permanente, es posible afirmar que el rol jurídico-político del tribunal constitucional cobra mayor relevancia cuando acuden a esta instancia causas importantes debido al bajo consenso político entre la oposición y el Gobierno para resolverlas en sede política; generándose una alta presión en la esfera de decisión judicial por parte de los poderes públicos, pero también de los poderes privados y fácticos” (“Los precedentes constitucionales. El caso del Perú”, en Claudia Escobar García (ed.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010, pp. 104-105). Lo interesante en la tesis de este autor es que en realidades políticas conflictivas, el tribunal constitucional que resuelve en forma jurídica los conflictos de contenido político, económico, social o cultural “no puede hacerse la ilusión de estar situado, ante la opinión pública, por encima de las contiendas que él mismo ha de juzgar. Sino que, al estar inmerso en ellas en su rol de tribunal imparcial puede generar consensos conjugando la *ratio* y la *emotio* que toda constitución tiene, mediante las modernas técnicas de la interpretación y argumentación constitucional” (p. 105).

tes al momento de juzgar, es muy factible vislumbrar los rostros y colores con que pintan a la justicia.

La garantía jurisdiccional es un proceso bidireccional: en un primer sentido es una garantía para la defensa del derecho de la constitución, y en un segundo sentido es la protección y/o satisfacción de los derechos de las personas. Junto a lo dicho, Ferreyra sugiere lo siguiente sobre el paradigma de la defensa jurisdiccional:

Defensa ‘jurisdiccional’ de la constitución, en contraste con la defensa política de la misma, es probablemente una de las mayores contribuciones que la dogmática ha ensayado y la experiencia demostrado, para proveer a la garantía de intangibilidad de las disposiciones contenidas en el ordenamiento constitucional. Desde tal óptica, defensa jurisdiccional y defensa política marcan, bajo esta referencia, solamente la peculiar naturaleza del órgano al cual se encarga la salvaguarda de la constitución, sea este un órgano eminentemente político [...] o judicial [...] y no la propiedad –principal o accesoria– del acto por el cual se lleva a cabo tal custodia.¹⁰

En función de ese enfoque, la propuesta de Ferreyra no apunta a descifrar las razones del interrogante de si los jueces tienen o no poder político, cuando ejercen el control de constitucionalidad, sino la ubicación en la sistemática constitucional del órgano que lo desempeña, lo cual son aspectos distintos de análisis. Por ello, sugiere:

1. Es en la jurisdicción constitucional donde con más vigor que en ningún otro sitio se puede observar la aguda tensión entre ‘Derecho’ y ‘Política’. Es que en estos territorios –a veces limítrofes, a veces yuxtapuestos–, se verifica la ‘judicialización’ de la política, ya que los asuntos de esta última filiación se reconducen (o deberían ser reconducidos) hacia soluciones institucionales con parámetros jurídicos constitucionales preestablecidos.¹¹

cita?

Sostengo aquí que mientras mayor es la responsabilidad jurisdiccional, mayor puede ser la actoría política. Por lo expuesto, también es indispensable que la ciudadanía impulse iniciativas propias sobre el trabajo de las cortes constitucionales y los perfiles profesionales de los jueces, como las siguientes: exigir siempre que se transparenten sus agendas de trabajo, debatir las estrategias interpretativas utilizadas por los jueces, cuestionar sus fidelidades o deslealtades al derecho, escudriñar cuál fue su tema de tesis profesional en la universidad, investigar cómo plantearon los problemas de investigación, verificar cuáles fueron las conclusiones con las que culminaron sus estudios de especialización, exigirles publicaciones para conocer

¹⁰ Raúl Gustavo Ferreyra, *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, Buenos Aires, Ediar, 2008, p. 218.

¹¹ *Idem*.

sus formas de pensar, pedir que presenten investigaciones científicas y doctrinarias para entender cómo hacen justicia de acuerdo con el derecho.

2.1. Prácticas deliberativas entre las cortes, la sociedad civil y los poderes del Estado para renovar los sistemas institucionales de justicia

El principio democrático cuestiona la posibilidad de que un poder contramayoritario decida los aspectos más relevantes de una comunidad, y lo haga desatendiendo los eventuales espacios para la intervención y coparticipación social en tales decisiones.

Una seña muy particular que exigen los nuevos constitucionalismos es el desplazamiento protagónico del papel institucional del legislador en el funcionamiento de la democracia y el Estado al papel que asumen los jueces para defender los mandatos constitucionales. Ello supone que todos los conflictos puedan ser constitucionalizados con la finalidad de reducir el margen de influencia partidista o de algún poder que pueda presentarse en el momento de resolver las controversias. Los más disímiles aspectos de las políticas públicas y los aspectos más diversos de interés común ahora pasan a manos de los jueces constitucionales. Lo que en su momento fue la búsqueda del paradigma del gobierno de las leyes para superar el de los hombres, parecería que el nuevo imaginario reside en producir el gobierno de los jueces.

Esos mandatos constitucionales que se rigen por un orden de valores y principios también enfrentan a los jueces a mayores niveles de incertidumbre y discrecionalidad, a diferencia de un esquema positivista donde predomina el imperio de la regla por sobre ese orden axiológico. Por esta razón, es imprescindible reforzar los autocontroles, las limitaciones internas y externas, los controles sociales y sus responsabilidades hacia los jueces. Todo lo cual debe existir en un esquema estatal progresivo para evitar que aquellos fenómenos deficitarios de nuestras democracias, como la politización de la justicia (constitucional) y la judicialización de la política, sigan reproduciéndose. ¿A quién rinden cuentas los máximos examinadores en materia constitucional?

Es oportuno discutir cuáles podrían ser las garantías con que cuenta la ciudadanía para demandar mayores y mejores argumentaciones de los operadores de justicia constitucional. Al igual que contamos con algunas garantías para la tutela en derechos, es imprescindible crear políticas que también puedan ser garantías potentes para asegurar procesos dialógicos y participativos de la ciudadanía en el quehacer jurisdiccional. Las políticas innovadoras deberían estar orientadas a precautelarse dos aspectos esenciales: (i) la libertad de criterios para discutir y opinar de manera pública y transparente sobre los temas que se encuentran en conocimiento de las cortes constitucionales para su decisión, y (ii) la definición de mecanismos conciliadores entre las cortes y los demás organismos del Estado para la búsqueda de soluciones a los problemas de los derechos constitucionales.

La palabra final sobre la forma de entender o ejercer un derecho que me pertenece no la tengo yo. Esa decisión sobre cómo accedo, ejerzo y protejo mi derecho está consignada para los administradores de justicia o para un grupo de magistrados especializados. Y ahí reside una de las grandes tensiones de los constitucionalismos contemporáneos. Si las normas expresan una manifestación soberana de la colectividad, y si estas expresan los procedimientos y métodos para resguardar mis libertades y derechos como consecuencia de razones morales y racionales manifestadas en el ordenamiento jurídico, ¿cómo es posible que la última palabra sobre su eficacia y validez le concierna a un tercero que resolverá sobre mi vida?

Es probable que se traten de tensiones entre constitucionalismo y democracia, pero hay un cuestionamiento formulado por el profesor Raúl Gustavo Ferreyra que me parece oportuno citar: “¿Quiénes son los guardianes de los mandatos constitucionales? Si la respuesta corresponde exclusivamente a los jueces, entonces el resto de la sociedad no tiene ya nada más que hacer”.

Así, no serían ellos, somos nosotros. Ante ese planteamiento, yo formularía otro más incisivo: ¿Quién hizo y aprobó la constitución? El poder constituyente; y ¿quién hace y aprueba las leyes? Los legisladores como representantes del poder popular y en su nombre. Bajo este correlato, ¿por qué son los jueces los dueños de la última palabra sobre los derechos que nos conciernen a la colectividad?

Y ante esta inquietud cabrían más inquietudes en torno a cuestionar si esa palabra final está enmarcada en la voluntad personal de un operador jurídico o en la voluntad constituyente. El problema radica en que nuestros modelos institucionales latinoamericanos se han empeñado recurrentemente en designar y buscar defensores específicos del texto constitucionales; y, con ello, excluyen a los individuos y pueblos de convertirse en permanentes custodios. Incluso, la tradición conceptual de autores como Kelsen y Schmitt estuvo muy preocupada por reafirmar el funcionamiento de estructuras judiciales y constitucionales que dotaran a instancias estatales de preservar ese rol con exclusividad.

Más todavía, en ese contexto, se reactivaría un dilema esencial del derecho constitucional: las decisiones más relevantes y las que marcan nuestro mundo de la vida están en las manos de un poder contramayoritario sin legitimidad de origen popular. ¿Cuáles son los artificios institucionales que hacen que el poder soberano no mande y no alcance a la última frase de un juez? No está en entredicho que su elección provenga de autoridades democráticas, pero el debate ha sido sintetizado por Roberto Gargarella de esta manera: “¿Por qué la rama del poder menos democrática (en tanto no elegimos directamente a sus miembros, ni podemos removerlos cuando estamos en desacuerdo con ellos) puede ‘derrotar’ a las ramas que se encuentran bajo nuestro control?”.

Pero, si el poder popular está vivo, ¿qué nos corresponde hacer? Activar el constitucionalismo de los pueblos para exigir y demandar más deliberación, más fundamentaciones iusfundamentales correctas (para usar la expresión de Alexy), más argumentaciones racionales y objetivas que expresen debates entre principios,

reglas y directrices. ¿Tienen los jueces la última palabra en un constitucionalismo de derechos? Si tomamos en serio el constitucionalismo popular, los jueces no tienen la última palabra.

Si logramos articular las dimensiones epistemológicas de dos tipos de constitucionalismos –el popular y el dialógico–, es factible pensar en diseños institucionales más colaborativos para compartir iniciativas desde la sociedad y desde la institucionalidad, sin desconocer su autonomía e independencia, para propiciar políticas constitucionales participativas del Estado y la ciudadanía. Entre esas políticas pueden citarse algunas sugeridas por Roberto Gargarella:

[T]ribunales que crean mecanismos destinados a monitorear el cumplimiento de sus sentencias, con la ayuda de la ciudadanía; tribunales que exhortan a los gobiernos a cumplir con ciertos derechos, o les advierten sobre el carácter inconstitucional de ciertas alternativas; tribunales que en lugar de imponer una solución a los legisladores, establecen plazos dentro de los cuales estos últimos deben remediar una situación de violación de derechos; tribunales (y este es nuestro ejemplo favorito) que comienzan a tomar en serio el análisis de los debates legislativos, para asegurar que ellos expresen un proceso genuino de aprendizaje mutuo o, en otros términos, que esos debates no resulten meras pantallas destinadas a avalar una legislación impulsada por grupos de interés, o una decisión que el Ejecutivo se niega a discutir y mejorar junto con la oposición en el Congreso.¹²

3. A manera de conclusiones. Discutir una agenda de políticas constitucionales para los poderes públicos y la ciudadanía hacia la justicia dialógica

El modelo tradicional de los pesos y contrapesos para la vigencia de una república democrática merece una revisión crítica sobre las restricciones que ofrece en la perspectiva de un modelo jurisdiccional deliberativo entre la institucionalidad pública y la ciudadanía.

Las cortes no se encargan de definir ni implementar las políticas públicas, pero sí pueden colaborar para activar el debate legislativo a partir del conocimiento y tratamiento de sus causas, así como aportar en el proceso dialógico para la legislación de otro tipo de normativas.

¹² Paola Bergallo y Roberto Gargarella, “Presentación”, en Roberto Gargarella (comp.), *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014, p. 12.

Las tensiones de la jurisdicción constitucional pueden ser procesadas mediante otros instrumentos que permitan concebirlas como funciones cooperativas y colaborativas en constante diálogo.

Por tanto, de lo que se trata es de construir mayores mecanismos democráticos para que la vigencia de los derechos y la constitucionalización del derecho constituyan procesos acompañados y de mayor relación con la voluntad popular y su participación en la toma de decisiones de jueces y legisladores. El control popular permitirá que esos ámbitos puedan estar fortalecidos y profundizados con la finalidad de que la adjudicación constitucional no quede atrapada en la autocomplacencia y la discrecionalidad cerrada de los intérpretes judiciales y legislativos de la norma suprema.

Un proyecto democratizador de la justicia radica en que la sociedad participe en las acciones de discernimiento y argumentación de los contenidos constitucionales y que se constituyan ejercicios de debate público y deliberación social.

El desafío es promover cambios orientados a la construcción del constitucionalismo dialógico, donde a la sociedad le corresponde ejercer el derecho a discutir la última palabra con los poderes públicos y los jueces para la profundización de la democracia constitucional, y, en ese contexto institucional y jurisdiccional, las políticas constitucionales deliberativas y participativas pueden contribuir a fortalecer nuevos proyectos de constitucionalismo social y plural.

Los defensores de la constitución deben adoptar innovaciones institucionales para crear procesos de toma de decisiones con debates judiciales abiertos al público y la difusión de las discusiones a través de diferentes medios de comunicación.

La complejidad de las realidades latinoamericanas y sus problemas de desigualdad y pobreza requieren reconstruir los diseños institucionales jurisdiccionales para proyectar un diálogo permanente y sostenido entre tribunales y legislaturas para responder con otras dinámicas a los conflictos de derechos y sus garantías, con mecanismos incluyentes e inclusivos de deliberación social. Estas innovaciones también contribuirían a fortalecer los diálogos interjurisdiccionales entre tribunales locales y cortes internacionales en la protección de derechos.

¿Por qué el desarrollo del derecho constitucional latinoamericano no ha innovado para incluir el sentir y saberes de nuestros pueblos en la creación de otros métodos de interpretación constitucional? ¿Cuánto ha logrado la ciencia constitucional para desarrollar su epistemología a partir del *sentipensar* de las distintas comunidades de la región?

El desafío radica en retomar el papel de la sociedad en la interpretación constitucional, no tanto en seguir preguntándonos cómo interpretarla, sino quién debe hacerlo. La vida de nuestros pueblos, culturas y diversidades de lo que somos constituyen fuentes de derecho y derechos. Inventan nuevos referentes para la concreción material de los principios y libertades humanas, que no necesariamente son considerados por la justicia constitucional para la construcción de nuevos paradigmas argumentativos.

Debemos suscitar rupturas epistemológicas para formular otros argumentos en la interpretación, que provengan de la valoración y el reconocimiento de los aportes del devenir histórico de nuestros pueblos y el pluralismo jurídico que estos han logrado construir.

Los derechos cambiantes y las realidades latinoamericanas demandan oportunidades para pensar una nueva ciencia constitucional, donde los principios de la interpretación y de los derechos constitucionales puedan renovarse a partir de miradas prácticas del acumulado cultural y vivencial de los pueblos que integran el hemisferio.

La concreción de los derechos constitucionales debe sustentarse en diversos modelos argumentativos que surjan desde la expansión de razones públicas. Las pugnas que se suscitan en la sociedad por aquellos requieren activar una intermediación de las razones que expresan los individuos, colectivos, grupos sociales y diferentes nacionalidades que puedan estar en conflicto. No se trata de reivindicar una razón/verdad única, sino de poner atención a los sentidos que puedan aportar los sujetos de derechos para encarar las limitaciones de los modelos argumentativos, los cuales no son capaces de crear nuevas herramientas en los ámbitos de la interpretación para posibilitar otros diálogos en los escenarios jurisdiccionales y suscitar una deliberación entre las cortes y los tribunales encargados de proteger la norma máxima.

La coherencia e intensidad de la producción jurisdiccional demanda paradigmas deliberativos con las razones múltiples que subsisten en la comunidad. No sólo de razones propias, sino mediadas por legítimas razones plurales.

Las razones argumentativas pueden desarrollarse desde el reconocimiento de que nuestras sociedades son pluriculturales y multiétnicas. Sostengo aquí que falta crear esferas públicas de discusión, donde se suscite un intercambio fraterno e incluyente de identidades, de culturas, de saberes, porque esto es lo que hará viable la existencia de sociedades donde se defiendan contenidos de respeto para cada cual y de la responsabilidad solidaria universal de *uno para con el otro*.

Bibliografía

- BERGALLO, Paola y Roberto GARGARELLA, “Presentación”, en Roberto Gargarella (comp.), *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014.
- BERCHOLC, Jorge, *La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad respecto de los otros poderes políticos del Estado (1935-1998)*, Buenos Aires, Ediar, 2004.
- CÓRDOVA VINUEZA, Paúl, *Derechos sin poder popular*, Quito, Centro Andino de Estudios Estratégicos / Centro de Estudios Construyendo Ciudadanía y Democracia de la Universidad Central del Ecuador, 2013.

- _____, “Resistencia y deliberación pública: derechos de participación para transformar las relaciones socio-estatales”, *Anales: Revista de la Universidad Central del Ecuador*, núm. 371, marzo de 2013, pp. 257-288.
- _____, “La constitución de los comunes. Constitucionalismos dialógicos para desafiar las biopolíticas”, en Pablo Eduardo SLAVIN, Támara ROGERS y Claudina ORUNESU (comps.), *Nuevos debates en filosofía y ciencia política*, Mar del Plata, Universidad Nacional de Mar del Plata, Facultad de Derecho, 2015.
- _____, “La crisis del control de constitucionalidad”, Conferencia, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 16 de septiembre de 2015.
- _____, “Más poder al poder. Nuevos constitucionalismos autoritarios”, Simposio, XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional “El diseño institucional del Estado democrático” en homenaje a Fernando Hinestrosa y Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 17 de septiembre de 2015.
- _____, “Interpretación constitucional intercultural y constitucionalismo popular”, Conferencia, XV Jornadas de Ciencia, Filosofía y Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata, Mar del Plata, 20 de noviembre de 2015.
- _____, “¿Cómo deciden los jueces? (Des)encuentros de la interpretación y argumentación jurisdiccional frente a la democracia constitucional”, *Justicia Electoral y Democracia*, año 2, núm. 3, noviembre de 2015, pp. 21-30.
- _____, “La Constitución desconstitucionalizada. Líneas jurisprudenciales del sistema de administración de justicia constitucional ecuatoriano”, en Luis Fernando TORRES (ed.), *Debate constitucional*, Quito, Cevallos, 2016.
- FERREYRA, Raúl Gustavo, *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, Buenos Aires, Ediar, 2008.
- _____, *Fundamentos constitucionales*, Buenos Aires, Ediar, 2013.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo”, en Miguel CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2009.
- GARGARELLA, Roberto, “Justicia dialógica en la ejecución de los derechos sociales. Algunos argumentos de partida”, en Alicia Ely YAMIN y Siri GLOPPEN (coords.), *La lucha por los derechos de la salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2013.
- _____, “Nuevo constitucionalismo frente al sistema de los frenos y contrapesos”, en Roberto GARGARELLA (comp.), *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014.
- HEVIA, Martín, “Examen para candidatos a la Corte”, *El Clarín*, 1 de marzo de 2016.
- LANDA, César, “Los precedentes constitucionales. El caso del Perú”, en Claudia ESCOBAR GARCÍA (ed.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.