TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLURINACIONAL DE BOLIVIA

Paúl Córdova Vinueza

JUSTICIA DIALÓGICA EN LAS CORTES CONSTITUCIONALES

La deliberación igualitaria e incluyente entre jueces estatales, jueces interamericanos, funciones del Estado y ciudadanía, en relación a los desacuerdos constitucionales.

EDICIÓN 2020

Paúl Córdova Vinueza

Es Doctor en Jurisprudencia y Abogado (UCE), Ph.D (c) en Derecho (UASB-E), Doctorando en Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires, Mgs. Internacional de Investigación en Derecho (UASB-E), Mgs. en Desarrollo (UTPL), Especialista Superior en Ciencias Internacionales y Superior en Derechos Humanos (ISP-UCE).

Docente e investigador universitario en la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno y Universidad Mayor, Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca, Universidad Central del Ecuador, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Universidad Técnica del Norte, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, Instituto de Altos Estudios Nacionales, Universidad de Guayaquil, Universidad Nacional de Loja, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Universidad Iberoamericana y en la Universidad San Francisco de Quito.

Recibió varios reconocimientos por sus obras y contribuciones en el ámbito jurídico y académico, su activismo y defensa de los derechos humanos por el Estado ecuatoriano, organizaciones sociales y la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina).

En 2018 y 2019, obtuvo reconocimientos a su producción jurídica por la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión de México, el Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional de Perú, del Congreso de la República de Perú, el Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia y el Gobierno Autónomo Municipal de Sucre del Estado Plurinacional de Bolivia.

Es autor de varios libros, entre ellos, *¿Tienen los jueces la última palabra? Diálogos jurisdiccionales y constitucionales; "Administrar justicia desde un diálogo entre iguales". Autor de artículos de investigación como, "Constitucionalismo dialógico y última palabra. Una agenda de políticas deliberativas para las cortes constitucionales"; "Propuesta sobre la enseñanza del derecho constitucional. Hacia una teoría de sus estudios jurídicos críticos"; "Constitución sin constitucionalismo. El problema sobre límites y control del poder en el Derecho Constitucional y la democracia de derechos en Ecuador"; "Más poder al poder. Nuevos constitucionalismos autoritarios";* entre otros.

JUSTICIA DIALÓGICA EN LAS CORTES CONSTITUCIONALES

PAÚL CÓRDOVA VINUEZA

La deliberación igualitaria e incluyente entre jueces estatales, jueces interamericanos, funciones del Estado y ciudadanía, en relación a los desacuerdos constitucionales

CRÉDITOS

LIBRO
"JUSTICIA DIALÓGICA EN LAS CORTES CONSTITUCIONALES"

PUBLICACIÓN OFICIAL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA

MSC. PAUL ENRIQUE FRANCO ZAMORA
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA

DATOS INSTITUCIONALES
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA
Dirección: Av. del Maestro No. 300
Teléfono: (591-4) 64-40455
Web: www.tcpbolivia.bo

DISTRIBUCIÓN GRATUITA
Diseño:
Unidad de Comunicación y Protocolo

Sucre-Bolivia
2020

Queda expresamente prohibida la reproducción total o parcial de este Libro sin el permiso expreso y por escrito del Editor.

CONTENIDOS

Pág

Prefacio..... 7

Presentación..... 9

CAPÍTULO I

MODELOS CONSTITUCIONALES PENSADOS PARA UN CONSTITUCIONALISMO EXCLUYENTE, MONOLÓGICO Y DESFIGURADOR DE LA PARTICIPACIÓN POPULAR

1.1. Las escasas credenciales democráticas de los Poderes Judiciales en su formación histórica..... 13

1.2. Diseños institucionales conflictivos para proteger derechos por la carencia de políticas constitucionales promotoras de mecanismos procedimentales para la justicia dialógica..... 23

CAPÍTULO II

LA CONVERSACIÓN CONSTITUCIONAL

2.1. Tribunales y jueces deliberativos para resolver los problemas y las diferencias constitucionales..... 27

2.2. Un control constitucional democrático con discusiones públicas para una comunidad de iguales..... 33

2.3. La función de los jueces como promotores de la conversación igualitaria con la ciudadanía para desentrañar la interpretación de los derechos constitucionales..... 37

2.4. Prácticas deliberativas entre las Cortes Constitucionales, la sociedad civil y los poderes del Estado para enfrentar los desacuerdos de rango constitucional..... 41

2.5. Constitucionalismo deliberativo para una justicia dialógica..... 45

2.6. La inclusión de los pluralismos y las diversidades para la discusión pública..... 51

2.7. El diálogo constitucional no es equivalente a aceptar lo que pide la gente movilizada en las calles..... 56

CAPÍTULO III

AGENDA DE POLÍTICAS INSTITUCIONALES PARA DELIBERAR EN TÉRMINOS DE IGUALDAD E INCLUSIÓN CON LOS PLURALISMOS Y LAS DIVERSIDADES DE LA SOCIEDAD

3.1. Políticas conversacionales para las Cortes Constitucionales, los poderes públicos y la ciudadanía, a la luz de la justicia dialógica..... 59

3.2. El test de convencionalidad y la interpretación del derecho interamericano desde repertorios dialógicos con la comunidad..... 62

Bibliografía..... 67

PREFACIO

MSc. Paul Enrique Franco Zamora
PRESIDENTE
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA

Investigar los fenómenos jurídicos y contextualizarlos en entornos sociales, económicos, tecnológicos o culturales es un desafío que dista de la realidad en numerosos profesionales del Derecho; sumarse al reto contemporáneo de labrar documentos, cuyo contenido acreciente el universo literario en materia constitucional, asiste el compromiso de Paúl Córdova Vinueza por caracterizar situaciones legales problemáticas y otorgar respuestas oportunas a la comunidad de juristas.

Llevar a palestra del debate académico las diferentes obras del profesor Córdova, constituye una cualidad destacable entre los literatos del Derecho Constitucional y Procesal; su interés vocacional, por la senda de la investigación científica-jurídica, responde a la ética profesional cultivada en cada una de sus páginas, varias de ellas con reconocimiento en espacios universitarios, judiciales, institucionales o expresada en condecoraciones emergentes de la jurisdicción constitucional.

Cada acápite condensado en los párrafos inéditos de sus libros, que fuesen redactados con el máximo rigor metodológico, evidencian la calidad jurídica en una escritura prolija de componentes multidisciplinarios; demostrarse los decibeles de exclusivos aportes

de Paúl Córdova Vinueza, denota enmarcarse en producciones academicistas de suma ilustración en un cúmulo exigente de abogados, juzgadores o público universitario que, hoy por hoy, distinguen su contribución pedagógico-legal. Per se, el documento cotejado en las líneas que siguen, bajo el título "JUSTICIA DIALÓGICA EN LAS CORTES CONSTITUCIONALES", deja estampado un retrato científico de los resultados obtenidos en ensayos, artículos y demás escritos ideados por el autor.

Conjugar la praxis legal con el enfoque educacional suman la excelencia del jurista Córdova, un promotor de la moderna doctrina constitucional y le confieren significativas características de inducción en procesos de formación o capacitación, asentándose sus niveles de influencia literaria en países de la región u otros de tradiciones jurídicas conexas.

Finalmente, es deseo institucional que la trascendencia de las obras literarias del profesor enriquezcan las necesidades intelectuales de la justicia constitucional y sirvan de cimiento en el ejercicio de derechos y garantías jurisdiccionales, tal como visualiza el presente texto analítico, que se apresta a evocar el II CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL: MIRADAS DIALÓGICAS, REFLEXIONES, RETOS Y DESAFÍOS DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL, evento agendado "En conmemoración al centenario de las primeras Salas Constitucionales".

Sucre, primavera de 2020

PRESENTACIÓN

El constitucionalismo dialógico es una alternativa institucional que complementa el modelo de democracia deliberativa, donde los órganos del poder público promueven distintos mecanismos institucionales 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, India, Sudáfrica, Canadá y otros países, desarrollan procesos de activismo judicial dialógico y suscitan aportes relevantes para el cambio social. Uno de los grandes legados de estas jurisdicciones para el mundo constitucional es la búsqueda de decisiones conversacionales que contribuyan a redefinir su rol para superar los procesos monológicos.

¿Cómo es posible fortalecer las atribuciones de los Tribunales y las Cortes Constitucionales de la región en la tutela y exigibilidad de los distintos tipos de derechos? Aquello sería posible mediante nuevas prácticas institucionales en sus procesos que permitan la deliberación entre los jueces -estatales e interamericanos-, la sociedad civil y los poderes del Estado. Este trabajo propone que los diseños institucionales latinoamericanos deben revisar sus modelos para avanzar hacia modelos de constitucionalismos dialógicos, donde los problemas sobre los derechos y garantías involucren a las distintas ramas del poder público y a la ciudadanía para la toma de decisiones.

Paúl Córdova Vinueza

Este trabajo está dedicado como un reconocimiento al trabajo destacado del MSc. Paul Enrique Franco Zamora, dilecto jurista, como Presidente del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, institución donde se han tomado decisiones en defensa de los derechos constitucionales y en perspectiva del constitucionalismo transformador y dialógico que propone este libro.

También esta investigación es un reconocimiento a la entrega y dedicación en la defensa de los derechos constitucionales por parte de las abogadas María Elena Attard Bellido, Tahí Lidia Abrego Marín, Gabriela Sauma Zankys y Patricia Serrudo Santelices, desde la organización ONG Realidades.

CAPÍTULO I

MODELOS CONSTITUCIONALES PENSADOS PARA UN CONSTITUCIONALISMO EXCLUYENTE, MONOLÓGICO Y DESFIGURADOR DE LA PARTICIPACIÓN POPULAR

1.1. Las escasas credenciales democráticas de los Poderes Judiciales en su formación histórica

La formación de las repúblicas en el continente americano estuvo marcada por los procesos de independencia y sus herencias coloniales e imperiales para la creación de los sistemas jurídicos. También llegaron los aportes del Derecho constitucional universal por intermedio de las etapas históricas de los derechos humanos, las transiciones del estado monárquico al estado de derecho y la presencia del capitalismo en las relaciones interestatales.

El caso de Brasil estuvo sellado por la presencia de la corte imperial portuguesa en Río de Janeiro. A inicios del siglo XIX, Napoleón dio la orden de que no se podía mantener relaciones comerciales con Inglaterra y, como Portugal lo seguía haciendo, el emperador francés invadió, por

intermedio de España, a los portugueses. Esto ocasionó que toda la corte portuguesa se dirija a Río de Janeiro. El rey Juan VI deja a Pedro I como rey de Brasil, es decir, "una monarquía independiente en territorio americano" y declara aparentemente su independencia, después se descubriría que Brasil debió pagar a Portugal ingentes recursos en libras esterlinas por su libertad.[1] En esos territorios se constituirían uno de los grandes imperios esclavistas y recién en 1889 pasa a ser república bajo un régimen de *república vieja* que se caracterizaría por:

> […] [U]n sistema de organización política muy particular, también se la conoce como la "república de los coroneles". En Brasil los analfabetos no podían votar, por lo tanto votaba poca gente. Estos coroneles eran los que se encargaban de recoger esos votos; cada estado tenía un régimen que daba títulos a determinadas personas que después iba a un colegio electoral donde se elegía a un presidente. Durante esta república vieja se establece un acuerdo entre los estados de Minas Gerais y de San Pablo, que van a dirigir la política de Brasil, turnándose en el manejo del país. En los años veinte surgen en el ejército levantamientos que reciben el nombre de "tenentismo". Es un movimiento de tenientes que quiere terminar con la corrupción política y decide sublevarse. […] Estos militares que se levantan en todo Brasil no son democráticos, quieren tener el poder y prometen una limpieza moral.

Para el caso de México, su antecedencia histórica-política como Estado está vinculada a su etapa de independización labrada por su quehacer constitucional. La Asamblea Constituyente denominada Congreso de Anáhuac expidió el Acta Solemne de la Declaración de la Independencia de América Septentrional, el 6 de Noviembre de 1813, en la que se declaró la disolución definitiva con los lazos políticos y jurídicos del trono español.[2] Un año después, se promulgaría el documento jurídico-político de gran importancia llamado Decreto

1 Fernanda Gil Lozano, "Historia social latinoamericana: pensar la nación" en Elisa Carrió y Diana Maffía, comps., *Búsquedas de sentido para una nueva política,* (Buenos Aires: Paidós, 2005), 289-291.

2 Ignacio Burgoa, *Derecho constitucional mexicano,* (México, D.F., Porrúa, 1973), 76-85.

Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, conocido popularmente con el nombre de Constitución de Apatzingán, cuyo valor residen en que mencionaba por primera vez la posibilidad de una nación independiente. Este proceso se truncó por los hechos relatados a continuación:

> Fernando VII fue restituido en el trono de España por efecto de la caída de Napoleón I y de la proclamación de Luis XVIII como rey de los franceses y que aquél, desde el 4 de mayo de 1814 expidió un decreto desconociendo la Constitución gaditana de 1812, reimplantando el régimen monárquico absoluto, lo que facilitó en la Nueva España la adopción de las más graves y drásticas medidas de represión y venganza contra los insurgentes por parte del gobierno virreinal.[3]

Posteriormente, la consumación de la independencia mexicana se produciría el 27 de Septiembre de 1821 cuando entra triunfante en la vieja capital de la Nueva España el ejército trigarante después de una campaña militar contra las fuerzas virreinales que duró siete meses. Con la integración de la Junta Gubernativa que convocaría al Congreso Constituyente y expidió el Acta de Independencia del Imperio Mexicano el 28 de Septiembre de 18214.

Las sociedades republicanas derivadas del ciclo independentista no fueron procesos que hayan ocasionado rupturas con su modelo colonial inmediatamente anterior, por cuanto las clases privilegiadas se mantuvieron y la riqueza permaneció en los mismos sectores.5 La forma republicana de los Estados si bien pretendía ser representativa y basarse en el sufragio de unos pocos, mantenía condiciones limitadas y restringidas en el desempeño de la autoridad, donde no era posible el ejercicio directo de la soberanía; en otras palabras, no permitía

3 Ibíd., 84.
4 Ibíd., 85.
5 Héctor Gros Espiell, "Constitucionalismo y codificación latinoamericanos", en Germán Carrera Damas, direct. y John V. Lombardi, codirect., Historia general de América Latina, (Madrid: UNESCO y Trotta, 2007), volumen V, 450 y 451.

la vigencia de una democracia, y donde incluso las élites políticas revolucionarias desconfiaban de la ampliación de la participación porque no creían en la intervención de sectores populares ignorantes y con falta de preparación, lo cual podrían considerarlo hasta irresponsable. Según el relato de Gros Espiell:

> No eran gobiernos democráticos y no podían serlo plenamente, porque se partía de la existencia de estados confesionales, católicos, sin reconocimiento o con limitadísimo reconocimiento de la libertad de cultos. A esto se agregaba que los derechos políticos estaban condicionados por la categoría laboral, o por la situación económica, por el analfabetismo y, naturalmente, por el sexo. El sufragio universal, sin exclusiones ni discriminaciones, no era reconocido en el constitucionalismo inicial latinoamericano. Pero esto era lo normal en el Derecho constitucional de la primera mitad del siglo XIX.[6]

Así, parecería que el nacimiento de los Estados del continente tendrían como denominador común la exclusión, la discriminación y el despojo de los derechos civiles y políticos a sus miembros. Enrique Ayala Mora describe así:

> El Ecuador nació controlado por oligarquías latifundistas regionales, que tenían tensiones y precarios equilibrios entre sí. Por ello hemos caracterizado al nuevo país como un "Estado Oligárquico Terrateniente", cruzado por profundas diferencias socioeconómicas, étnicas y regionales. […] La república se asentaba en el robustecimiento de la propiedad, la reconstitución del poder legal y la exclusión de la mayoría, sobre todo indígena, mestiza y negra. […] se estableció la representación indirecta y por departamentos, con condiciones rígidas para el sufragio. Además de la exclusión de las mujeres y de requisitos de edad o situación civil, así como saber leer y escribir, para elegir se exigía un mínimo de propiedad y no ser trabajador dependiente. Para ser elegido para funciones públicas, el requisito de propiedad o renta era más

6 Ibíd., 451.

elevado. Accedían a ellas un contado número de propietarios. Solo un 0,3 % de la población integraba el cuerpo electoral.[7]

El aparecimiento de los Estados latinoamericanos se sustentó en formas constitucionales de restricción para el ejercicio de los derechos a pesar de que declararon la soberanía popular en sus primeros textos políticos constitutivos y en la negación a la participación de los sectores populares en temas públicos. Incluso, en el caso de la historia argentina, implementaron políticas genocidas contra gauchos, indios y afros.[8] Todo esto confirmaría el nacimiento de estados intolerantes, autoritarios, racistas y donde el poder pertenecía únicamente a las elites oligárquicas, en ello residía el orden neocolonial.

Los Estados latinoamericanos surgieron como proyectos caudillistas y militaristas con escasa institucionalidad republicana y que tenía como principal propósito la independencia del sometimiento colonial, aunque, sus procesos primarios de formación reproducieron los componentes políticos institucionales con formas democráticas muy precarias y desiguales para la participación de la sociedad.

Durante los primeros años, la formación de los Estados residía en las disputas políticas por la transición de gobiernos caudillistas militares a gobiernos civiles, donde prácticamente las oportunidades para el desarrollo de los derechos para el conjunto de la comunidad política de las sociedades latinoamericanas era inexistente. Podría afirmarse que los reducidos derechos de participación estaban resguardados y protegidos para ciertos grupos de la sociedad y correspondían a aquellos que constituían las facciones oligárquicas, sin espacios de intervención pública-política para otros segmentos sociales.

La descripción de un período de la historia de uno de los países de la región podría identificarse plenamente en cualquier capítulo de los demás. A continuación, expondré un recuento de la historia boliviana

7 Enrique Ayala Mora, Manual de historia del Ecuador (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, 2008), tomo II, 19.

8 Gil Lozano, “Historia social latinoamericana”, 299.

que expresa el paso de un gobierno caudillista a un civil:

> 1880 marcó un importante viraje de la historia boliviana. […] fue el ascenso de un nuevo gobierno que reemplazara el antiguo régimen caudillista: aunque la sustitución de los gobiernos por cuartelazos era un rasgo familiar de la vida política de la república desde su creación medio siglo antes, el nuevo régimen marcaba realmente un cambio fundamental en la evolución política nacional. Representaba el primer gobierno republicano viable de carácter oligárquico civil, que se convertiría en la norma de la vida política hasta 1936. Aunque la pérdida de su salida soberana al mar subsistiría como la reivindicación más intransigente de la política internacional boliviana, la instauración de un moderno sistema de partidos y de un gobierno de dominio civil darían lugar a una serie de cambios políticos, económicos y, al fin, sociales a largo plazo en la sociedad de Bolivia.[9]

Las constituciones que dieron origen a las repúblicas resultantes de procesos de independencia marcaron los arreglos institucionales para condiciones provechosas de ascenso al poder de algunas élites y grupos sociales. Concretamente, en el caso ecuatoriano eran los terratenientes y la burguesía comercial criolla. Ergo, los acuerdos constitucionales tácitos que propiciaron los Estados nacientes fueron para favorecer alianzas hegemónicas de quienes conformarían los grupos dominantes. Como lo expresa José Moncada:

> La carencia de suficiente fortaleza de la burguesía comercial y de la oligarquía terrateniente para imponer sus intereses al resto de los grupos sociales, así como la notable fragmentación territorial del país al iniciarse la vida republicana, contribuyen precisamente a explicar que entre 1830 y 1845 el principal actor de la dirección política y económica del país sea un militar extranjero que puso en práctica una política económica que, en última instancia, fortaleció la hegemonía del latifundismo serrano que le brindaba

9 Herbert S. Klein, Historia de Bolivia, (La Paz: G.U.M., 2008), 164.

> su respaldo (no hay que olvidar que la esposa de Flores pertenecía a la terrateniente y acaudalada familia Jijón) y al propio militarismo extranjero, principal bastión del Presidente, y que absorbía más del 50% del exiguo presupuesto nacional.[10]

Así, es posible afirmar que la formación inicial de los Estados de la región se erigió sobre proyectos políticos de élites que impulsaron corrientes de modernización occidental que afectaron los proyectos culturales y sociales de las grandes mayorías indígenas, afro y otros sectores sociales, y, suspendieron las posibilidades de desarrollo de las sociedades y culturas populares que podían ofrecer otras oportunidades de vida más acordes con nuestras necesidades y sin asumir por completo los proyectos modernizadores europeos.

Ese proyecto dominante influyó para estancar la vida social, económica y política de los pueblos y sujetos sociales del continente, devastando sus opciones culturales propias de desarrollo frente a la consolidación de élites gobernantes que implementaron políticas para asegurar la dependencia y el empobrecimiento de las mayorías. Como afirma Bradford Burns, se implementó un proceso de dominación en busca del progreso modernizador que significó la pobreza de los pueblos:

> Gobiernos y terratenientes creían que les asistía toda la razón al forzar a los indios a trabajar para ellos en los términos de la racionalización que alentó el contacto con las élites y abandonó así a los indios a los indudables beneficios de la civilización europea. Independientemente de sus inclinaciones políticas, las élites latinoamericanas rara vez se abstuvieron de explotar a los indios. (…) Las élites mantuvieron con determinación su visión del progreso. En su empeño, pronto entendieron la necesidad de garantizar el orden y la estabilidad, la paz y la seguridad para recibir préstamos, inversiones, tecnología y la inmigración que les

10 José Moncada, "De la independencia al auge exportador", en VVAA, Ecuador: pasado y presente (Quito: Universidad Central del Ecuador, 1975), 120-1.

hacía falta para mantener o mejorar sus estilos de vida.[11]

La tardía institucionalización de los derechos civiles y políticos en el republicanismo latinoamericano responde a los inexistentes esfuerzos por democratizar las políticas económicas y los procesos gubernativos, ya que la Constitución de esa época y sus reformas consolidarían el poder de la burguesía comercial en aquéllos procesos. Por lo cual, no era necesario crear mayores facilidades ni condiciones de acceso para el ejercicio de derechos políticos de la población, sino mantener un perfil restrictivo donde estaría asegurado el poder político de la burguesía comercial y terrateniente para la conducción estatal.

No era motivo de interés de estas élites ampliar las formas y mecanismos democráticos, o reconocer los procesos participativos de pueblos indígenas para insertarlos en el andamiaje político estatal, sino preservar un proyecto constitucional que asegure intereses de clase y los medios necesarios para que las élites burguesas ejerzan el poder político. La siguiente reflexión es oportuna para entender su correlato histórico:

> Todo el largo período comprendido entre los inicios de la vida republicana del Ecuador, particularmente de 1845 hasta fines del siglo XIX, se puede caracterizar como de gradual instauración y afirmación de la hegemonía inglesa y de conformación de alianzas entre la burguesía de ese país y la oligarquía comercial nativa, que buscaba por todo medio posible llegar al poder político del país para "adecuar" la economía nacional a las exigencias de penetración de la economía inglesa que no desperdiciaba oportunidad alguna para difundir su hegemonía en todo el mundo.[12]

Permítaseme aún ser más preciso. Los derechos políticos del primer siglo de vida republicana se expresarían por fuera del texto constitucional y al margen de la institucionalidad estatal.

11 E. Bradford Burns, *La pobreza del progreso* (México D.F., Siglo Veintiuno Editores, 1990), 43-6.

12 Ibíd., 123.

Concretamente, las capas medias y populares utilizarían a las protestas sociales como medio de expresión y participación política. Mientras tanto, se afirmaban los conflictos entre grupos hegemónicos por los acuerdos tácitos entre burguesías comercial y latifundista en el marco de un escenario económico caracterizado por distintas medidas de incorporación del país al sistema capitalista internacional desde una versión vernácula, la aceptación del patrón oro y el sistema cambiario de convertibilidad internacional.

El proyecto modernizador de las repúblicas nacientes concebía a los pueblos y culturas ancestrales como un problema que se debía quebrantar en aras del progreso. La implicación de eso también consistía en destruir las formas de participación y democracia indígena para la toma de decisiones, la elección de autoridades, la visión compartida y colectiva del poder, la construcción del desarrollo para la comunidad, entre otras. Ergo, con la implantación del modelo de democracia representativa de corte europeo, con sus instituciones y procedimientos, se buscaría anular las tradiciones políticas de las sociedades y culturas autóctonas.

Pues bien, en efecto, esa idea de democracia representativa occidental respondía a visiones desiguales, excluyentes y discriminatorias de ejercer el poder y construir lo político, sin los imaginarios colectivos, participativos, horizontales y solidarios de los pueblos indígenas y las culturas originarias. Redondeando: producto y contexto.

El proyecto modernizador excluyente y sus instituciones políticas generarían injusticias socio-económicas que carecían de mecanismos de expresión y participación de las mayorías en la vida estatal, lo cual acentuó el conflicto permanente, la violencia y la protesta social como medios para canalizar los enfrentamientos entre los sectores populares y las élites gobernantes.

El retardo del reconocimiento de varios tipos de derechos también puede apreciarse como una constante de los sistemas institucionales

latinoamericanos, pues mantuvieron en sus textos constitucionales y en su legislación interna ciertas restricciones y prohibiciones de derechos según el sujeto que lo podía ejercer. Como anota Carlos Ramos Núñez:

> La Constitución Política del Perú de 1933 acogió, sólo en parte, la reivindicación del filósofo y jurista Víctor Andrés Belaunde, tenaz defensor del sufragio femenino, al aceptarlo, pero solo para las elecciones generales. Habría que esperar una ley de Odría (que pensaba que el voto de las mujeres le sería favorable), en 1956, que lo autorizó, tanto para las elecciones presidenciales como para las parlamentarias.[13]

La construcción de un proyecto republicano en los países de la subregión siempre estuvo amenazada por las luchas y disputas de facciones dominantes. Los enfrentamientos de la burguesía dependiente caracterizarían al siglo XX, conjuntamente con la expansión de un modelo de capitalismo vernáculo que fijó las condiciones políticas e ideológicas del constitucionalismo hacia un perfil institucional que no altere la expansión y reproducción de ese modelo.

Las clases populares únicamente contaban con el voto para ser parte de los procesos económico-políticos del Estado, y este derecho mantenía serias restricciones en su ejercicio que no permitían su universalización. No se trataba de un derecho que el conjunto de la población podía ejercerlo, sino ciertos sectores donde estaban excluidos otros como los pueblos indígenas, afros, mujeres, entre otros.

Carlos Ramos Núñez identifica el devenir histórico del Poder Judicial en el constitucionalismo peruano cuando reseña varias de sus Normas Fundamentales y, a su vez, que señala las condiciones restringidas para el reconocimiento de la ciudadanía. La Constitución de 1823 otorgaba la ciudadanía a los peruanos casados o mayores de veinticinco años, siempre que tuvieran una propiedad o ejercieran alguna profesión o arte. No podía ejercer la ciudadanía quien estuviera

13 Carlos Ramos Núñez, *El Derecho y la pasión. Un jurista en tiempos del Facebook* (Lima: Legisprudencia.pe, 2014), 176.

sujeto a la condición de sirviente o jornalero. El requisito de saber leer y escribir sería exigible desde 1840. Al mismo tiempo, se establecía que los empleados judiciales eran inamovibles y de por vida, siempre que su conducta no diese motivo para lo contrario. La Carta de 1828 establecía que los jueces eran inamovibles, salvo por destitución o sentencia legal; el Presidente de la República podía crear tribunales especiales para el comercio y la minería, así como establecía jurados para causas criminales. En la Constitución de 1860 se incorporaría la carrera judicial y se reconoce la intervención del Ejecutivo y del Legislativo en el nombramiento de magistrados e integrantes de organismos judiciales. [14]

Como puede apreciarse, los Poderes Judiciales han destacado por señas muy particulares en las repúblicas latinoamericanas: insuficientes procesos democráticos para su integración y conformación, diseños institucionales herméticos a la rendición de cuentas y al control social y escasos procesos de fiscalización popular. En virtud de aquello, las Cortes o Tribunales Constitucionales aparecen para contribuir al desarrollo del Estado constitucional, la defensa de la Norma Fundamental y la protección de los derechos fundamentales, pero su aparición institucional también debería entenderse en la perspectiva de reformular las prácticas y los procedimientos poco democráticos de los Poderes Judiciales para no reproducirlos.

1.2. Diseños institucionales conflictivos para proteger derechos por la carencia de políticas constitucionales promotoras de mecanismos para la justicia dialógica

Si partimos de la premisa 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, entre otros), podemos identificar que este tipo de diseños institucionales imperantes no logra procesar perspectivas

14 Carlos Ramos Núñez, *La letra de la ley. Historia de las Constituciones del Perú* (Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú, 2018), 21 y ss.

(más) participativas y democráticas para la implementación de políticas dialógicas en las jurisdicciones ordinarias y constitucionales.[15]

Una evidencia de aquello es que los comportamientos de los actores políticos y los jueces constitucionales definen y deconstruyen a la Constitución en sus escalas de lenguaje cultural del conflicto político. Sería oportuno, entonces, afirmar que una 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 configuración, 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. Un texto constitucional 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 puede generar 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 de intensos procesos

15 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, 119 y siguientes.

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 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 mismo tiempo, que también expande mayores representaciones para su comprensión y transforma las claves del conocimiento sobre su realidad.

CAPÍTULO II

LA CONVERSACIÓN CONSTITUCIONAL

2.1. Tribunales y jueces deliberativos para resolver los problemas y las diferencias constitucionales

Las máximas Cortes y Magistraturas requieren de una permanente interrelación con la ciudadanía y de políticas participativas con otras ramas del poder público para mejorar el desempeño de los procesos constitucionales y convencionales.[16]

Cuando les corresponde ejercer interpretaciones y controles de constitucionalidad y convencionalidad, y, velar por el cumplimiento de procedimientos iusfundamentales, no están desarrollando un rol que es ajeno 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.

16 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.

El núcleo de la interpretación constitucional y convencional 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 sobre lo que dice la Constitución y el derecho interamericano. Esta función no está desprovista de un rol democrático. 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 jurídica. En ese ámbito, los jueces combinan una labor jurídico-deliberativa 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 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 dilemas que encierran la vida cuotidiana desde la vigencia de los valores constitucionales.

Todo aquello que hace el juez: cómo piensa y se comporta también está construido de 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 deliberativa 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 debe ser un constructor del contexto deliberativo 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 incluyentes o excluyentes que emplea para aplicarla. Las contradicciones sociales que se expresan en la sociedad reciben respuestas de los jueces para blindarles de mayor seguridad o reformular sus cimientos. El derecho puede desentrañar esas contradicciones o perpetuarlas. Entonces, el juez puede plantear los resultados posibles y dar paso a las consecuencias jurídicas que generan la vigencia de una norma. Este rol manifiesta modos distintivos de pensamiento a la comprensión (tradicional) 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. Así, los principios, los valores y las reglas iusfundamentales requieren de la intermediación del operador constitucional para revelar las precisiones normativas y fácticas sobre los problemas que enfrentan. Como afirma Carlos Ramos Núñez:

> Considero que el respeto por la independencia judicial debe vivirse a diario, y defenderse, no solo frente a los poderes del Estado, sino también frente a la degradación a la que podrían someterla otros poderes fácticos que pretendan influir sobre ella, con un extraño afán de conveniencia, ni siquiera en una lógica de protección de derechos, sino de una abierta vulneración de los mismos. También considero que un juez debe ser independiente también de sí mismo, de sus prejuicios políticos, ideológicos y culturales. Eso es quizás más difícil que soportar una arremetida estatal, económica o periodística. Y es que ni el Estado ni los particulares quedan dispensados de la Constitución ni del alcance de nuestras sentencias. La intolerancia, el sectarismo, la venganza o la represalia tampoco pueden acompasar nuestras decisiones.[17]

Los sentidos interpretativos de la Constitución pueden estancarse o

17 Ver "La independencia de los jueces constitucionales. Diálogo con Carlos Ramos Núñez" en Paúl Córdova Vinueza, ¿Tienen los jueces la última palabra? (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2018), 410.

pueden también distorsionarse en la voluntad de los jueces. *A posteriori* no es complicado detectar varios mensajes interpretativos que preceden a las dificultades mayores que se derivan 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 que entrañan un rol de compromiso con el constitucionalismo democrático. Como afirma Roberto Sabá: "Los jueces en general, […], son fundamentalmente responsables de ofrecer la mejor comprensión posible del contenido de los principios constitucionales más profundos, aquellos que expresan nuestros ideales colectivos. Si los jueces fallaran en esa tarea, ellos y el tribunal del que forman parte, traicionarían su rol y perderían el peso político y moral que deben tener en la comunidad".[18]

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 de la justicia, el orden, la autoridad y la norma, donde establecen su posición en ese estado de cosas. Los jueces también adaptan 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 por dar vigencia al cómo y al por qué 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, lo

18 Roberto Sabá, "Los jueces no son (sólo) árbitros" en *Clarín,* Argentina, 29 de septiembre de 2020, disponible en https://www.clarin.com/opinion/jueces-solo-arbitros_0_uU9sVN0Q8.html. Consulta: 29 de septiembre de 2020.

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 diputas políticas de los jueces constitucionales con los actores político-partidarios; ii) entrecruzamientos permanentes de las decisiones judiciales en las políticas públicas y en la gestión del Ejecutivo; y, iii) la ascensión del Poder Judicial con su intervención constante en las arenas políticas y sus frágiles límites.

Las cuestiones sobre el destino de los derechos 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 los 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 de 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 permeadas por decisiones políticas que no atañen únicamente a los poderes públicos, porque atraviesan e inciden en temas complejos que implican las formas cómo una sociedad construye sus derechos. Por citar unos ejemplos, pueden mencionarse los temas de 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 también está pensada para ello-, lo indispensable en la propuesta de modelos conversacionales y dialógicos es que su intervención se rija 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. Como advierte Roberto Sabá:

> […][E]l rol fundamental de los jueces constitucionales es el de mantener encendido el faro de los ideales de su comunidad política con el objeto de alertar cada vez que se pierde el rumbo, instando a retomarlo. […] [L]a Corte no fue creada para mantenerse al

margen de los conflictos políticos. Tampoco para reemplazar a la política. Su rol es el de impedir que esta última desconozca los procedimientos democráticos, pero también, y sobre todo, para ponerle un freno cuando avance sobre los derechos.[19]

2.2. Un control constitucional y convencional democrático con discusiones públicas para una comunidad de iguales

¿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[20], este es un rol que requiere procedimientos eminentemente democráticos. 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";[21] sin embargo, lo medular para nuestras democracias constitucionales es asumir que necesitamos instrumentos que puedan contener al poder porque i) existen poderes

19 Ibíd.

20 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 enfrentar esta a otros contenidos conceptuales y categorías analíticas con relación a los límites del control e interpretación constitucional.

21 Jorge Bercholc explica dos posiciones sobre la autoría de este aforismo. Para G. Bidart Campos le corresponde a Hughes, mientras que Juan Carlos Hitters le 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), 32, para mayor información ver pie de página 25.

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 y convencionalidad.

Pero, para posicionar ese control, el organismo encargado de hacerlo debe cuidar de no caer en ejercer controles y poderes 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 lo que se trata es de bregar por la defensa del ordenamiento constitucional y no de una institución.

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 que necesita convocar a amplias deliberaciones públicas para elegir entre diversas opciones hermenéuticas constitucionales a la que más convenga para la plena vigencia de la república democrática. No hay que perder de vista que 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 pretende convertirse en el 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 porque los jueces constitucionales deben explicitar y transparentar sus posiciones jurídicas, puesto que eso ayudaría a que la sociedad les exija cuáles son 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 como facilitadores de una deliberación inclusiva. 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 que está más allá (o por fuera) de las luchas políticas. Ese es un poder que actúa sobre o para aquéllas.

Si no discutimos la justicia constitucional en términos del aparato político del Estado, las coaliciones gobernantes y las fuerzas sociales en disputa en cada momento histórico, no es posible cambiar la forma de cómo 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 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 transparente con ellas y con la sociedad. Lo clave también está en entender que su poder no puede ser mayor que el poder 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. Se necesitaría 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 pública con actores plurales y diversos de la ciudadanía, 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 los que los jueces deciden que ésta dice, no se cierran desde la

negación o el *purismo apolítico* de los magistrados, sino a partir de su convencimiento que son actores jurisdiccionales que deben estar abiertos a discutir con la sociedad sin vaciar sus fallos de contenidos incluyentes, 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 abiertos[22] para soluciones adecuadas 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.

2.3. La función de los jueces como promotores de la conversación igualitaria con la ciudadanía para desentrañar la interpretación de los derechos constitucionales

¿Funcionan los límites normativos de la interpretación para los jueces dialógicos? Toda Constitución expresa un proyecto político-

22 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 derechos de la salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?,* Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2013, pp 289-2.

ideológico para una sociedad; y, los jueces, al convertirse en los defensores de ese designio, llegan a ser también los grandes promotores de su implementación.[23] Ubicar el carácter deliberativos 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 que debe ser irrefutablemente conversacional.[24] El ejercicio de la tarea interpretativa y del control constitucional corresponde a funciones que representan varios peligros. En palabras de Bercholc serían:

> i) [L]a 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; (…).[25]

La función del juez estriba entre ampliar y expandir las garantías de los derechos o impulsar y justificar las arbitrariedades. Pero, su carácter

23 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 ubica a 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"; en "La Teoría del Derecho en tiempos de constitucionalismo", en Miguel Carbonell, (edit.), *Neoconstitucionalismo(s),*(Madrid: Trotta, 2009), 164.

24 García Figueroa advierte: "la argumentación jurídica tiende a transformarse en argumentación moral y política, reforzando así la unidad del razonamiento práctico", ibíd., 164.

25 Jorge Bercholc, *La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad,* 32-3.

dialógico 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, la división entre política y derecho está dada por la defensa de los valores constitucionales.

Desacreditar un proceso legal porque aparentemente se hizo con la participación de los pluralismos y las diversidades sociales, 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 comprensión de las realidades concretas.[26] Hay que admitir que los jueces siempre han sido un poder que debe ser canalizado para la consagración de los fines constitucionales. Es necesario cuestionar el quehacer 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

26 La naturaleza del Tribunal Constitucional no se refiere a la noción tradicional de "hacer política", sino el 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"; en "Los precedentes constitucionales. El caso del Perú" en Claudia Escobar García (edit.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional,* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010), 104-5. 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", ibíd., 105.

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 evidente precisar cómo están tomando partido. Cuando reducen las garantías jurisdiccionales para desamparar a la ciudadanía, o cuando se convierten en portadores de ecos complacientes 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.[27]

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 cuando ejercen el control de constitucionalidad, sino a la ubicación en la sistemática constitucional del órgano que lo desempeña, lo cual son aspectos distintos de análisis. Por ello, siguiere lo siguiente:

27 Raúl Gustavo Ferreyra, *Notas sobre Derecho Constitucional y garantías,* 218.

> 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.[28]

Sostengo aquí, que mientras mayor es la responsabilidad jurisdiccional mayor puede ser la actoría para facilitar la deliberación inclusiva. 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; exigir que realicen publicaciones para conocer sus formas de pensar; pedir que presenten investigaciones científicas y doctrinarias para entender cómo hacen justicia de acuerdo al derecho.

2.4. Prácticas deliberativas entre las Cortes Constitucionales, la sociedad civil y los poderes del Estado para enfrentar los desacuerdos de rango constitucional

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 premisa particular que exigen los nuevos constitucionalismos es el desplazamiento protagónico del papel institucional del legislador

28 Ibíd., 218.

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 al momento de resolver las controversias. Los más disímiles aspectos de las políticas públicas y los aspectos más diversos de interés común ahora pasan por manos de los jueces constitucionales. Lo que en su momento fue la búsqueda del paradigma del *gobierno de las leyes* para superar *al de los hombres*, parecería que el nuevo imaginario residiría en producir *el gobierno de los jueces*.

Esos mandatos constitucionales que se rigen por un orden de valores y principios también enfrenta 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 de constitucionalismo dialógico para activar metodologías participativas en las labores de la justicia 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 para procesar los acuerdos y los desacuerdos, los cuales puedan ser también garantías potentes para asegurar procesos dialógicos y participativos de la ciudadanía en el quehacer jurisdiccional. Las políticas innovadoras deberían estar orientadas a precautelar dos aspectos esenciales como (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."

Entonces, 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 aprueban 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 doten

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 estaría 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.[29]

2.5. Constitucionalismo deliberativo para una justicia dialógica

Para interpretar el sentido o el alcance de los derechos, siempre existen diferencias. De ahí que, para resolver estas cuestiones, el paradigma de la justicia dialógica propone innovar las metodologías y los saberes de los operadores de justicia con miras a desarrollar mecanismos conversacionales con las partes en conflicto para concebir la revisión judicial en términos de inclusión y deliberación con la ciudadanía. Entendida así, los alcances y límites de la justicia dialógica pueden explicarse desde el propósito de democratizar los soliloquios de los jueces para superar el excesivo formalismo legal y la tecnocracia judicial por un desempeño deliberativo del juzgador con las personas que puedan sentirse perjudicadas en sus derechos y garantías. El constitucionalismo o la justicia dialógica, pueden entenderse como alternativas críticas a las formas tradicionales de revisión judicial. Roberto Gargarella lo enmarca así:

El desarrollo de prácticas dialógicas vino a ayudarnos a dejar atrás un modo tan antiguo como obtuso de entender la función judicial, que nos llevaba a debatirnos entre posiciones favorables al activismo judicial y posiciones favorables a la restricción judicial. Durante

29 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, 12.

años, discutimos vanamente acerca de si se justificaba que los jueces sean más o menos "activos"; y argumentamos sobre el valor de la "auto-restricción judicial", sin tener en vista la posibilidad de formas alternativas del ejercicio de la tarea judicial.[30]

Ciertamente, la argumentación del juez debe partir del derecho de las personas a participar en la discusión sobre los problemas y límites de los derechos iusfundamentales y los operadores deben desarrollar su argumentación mediante la prestación de condiciones que aseguren esa reflexión democrática y un diálogo colectivo y abierto con la ciudadanía. Como sugiere Gargarella:

> El ´constitucionalismo dialógico' nos permite entender que la tarea judicial no se limita a la definida por el antiguo binomio 'validación de una ley-invalidación de la ley', que parecía agotar la descripción acerca de las tareas posibles de un juez frente a una norma cuestionada. Lo cierto es que –hoy resulta más claro que nunca- el Poder Judicial, frente a la impugnación de una decisión política, puede tomar decisiones capaces de trascender apropiadamente esa vieja dicotomía. Así, en línea con criterios dialógicos como los que aquí defiendo, los tribunales pueden ordenarle a los órganos políticos que presenten un plan de acción coherente (Colombia: caso de los desplazamientos forzados); pueden exhortar al gobierno a adoptar una decisión particular para cumplir con sus obligaciones constitucionales (Argentina: caso Badaro); pueden solicitar la confección y entrega de informes obligatorios a instituciones públicas y privadas (Argentina: Mendoza); pueden diseñar mecanismos de supervisión ambiciosos para garantizar el cumplimiento de su fallo a lo largo del tiempo (Colombia: desplazamiento forzado; Corte India); pueden obligar a discutir otra vez una ley aprobada sin un debate legislativo adecuado (Colombia: Ley Antiterrorista /Privilegios Penales para las Fuerzas

30 Roberto Gargarella, "Constitucionalismo dialógico y leyes interpretativas. Poniendo el marco de la discusión", en *Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política*, disponible en portal web: http://seminariogargarella.blogspot.com/search?updated-max=2019-04-24T10:50:00-03:00&max-results=25. Consultado: 20 de septiembre de 2020.

del Ejército); entre muchos otros caminos intermedios.[31]

Lo que pretendería la justicia dialógica es que las cuestiones resolutivas sobre los derechos y sus interpretaciones requieren siempre de discusiones inclusivas y plurales que garanticen respuestas democráticas y, que los jueces sean los encargados de promover, mediar y preparar esas discusiones para que las decisiones jurisdiccionales no se conviertan en órdenes supremas o superiores fulminantes, sino en construcciones dialógicas que surgen de la voluntad conversacional de los juzgadores con los oprimidos o los excluidos en sus derechos. Siendo así, la argumentación deja de ser un diálogo entre élites que realiza el juez con otras voces[32] que no son los directamente involucrados o los posibles perjudicados por la forma de interpretación jurisdiccional de los derechos, sino que se extiende con otros protagonistas para buscar las mayores argumentaciones con distintos participantes en la provisión de las normas constitucionales y convencionales interamericanas.

La justicia dialógica mostraría una especial propensión por recomendar la incorporación de dispositivos incluyentes y participativos en el funcionamiento de tribunales inferiores y superiores, tanto de la judicatura ordinaria como de la jurisdicción constitucional, que coadyuven en la búsqueda de dinámicas conversacionales extendidas y permanentes de los operadores judiciales para escuchar a los pueblos y a las comunidades. En el corazón de su escenificación del cambio de la jurisdicción tradicional anida la interpelación por buscar otras metodologías institucionales que permitan (re)crear el lugar protagónico de la ciudadanía en las bases del ejercicio y la realización de la justicia.

De ahí que la jurisdicción dialógica se presenta dentro de las preocupaciones del constitucionalismo contemporáneo por intentar crear vínculos entre las decisiones de los jueces, la intervención de la ciudadanía y las formulaciones de políticas públicas de los operadores

31 Ibíd.

32 Como la doctrina, la jurisprudencia, el derecho comparado, entre otros. Todos estos son elementos relevantes, pero no pueden ser sus voces las únicas protagonistas en la decisión judicial.

administrativos. La construcción de mecanismos deliberativos en el diseño procesal juridiccional ordinario y constitucional puede permitir mayores condiciones de transparencia e información entre la gestión pública de las políticas y los cambios que estas pueden acoger de acuerdo a las disposiciones jurisdiccionales que se emiten en los litigios. Asimismo, las carteras gubernativas que implementan programas y proyectos sectoriales en materia de derechos deben ser más receptivas e impulsoras de discusiones deliberativas con la Legislatura y los jueces para preparar las reformas legales e institucionales que acojan las problemáticas tratadas en otras ramas del poder público. A propósito de aquello, merece especial interés el caso de los jueces del Tribunal Supremo de la India que ha sido reconocido por su enfoque progresista y activista debido a lo siguiente:

> […] [H]aber transformado los derechos sociales no exigibles judicialmente en derechos fundamentales, por supervisar las irregularidades de la administración pública mediante el establecimiento de comités de investigación y por intervenir en asuntos de competencia del Congreso y el poder ejecutivo. […] El Tribunal Supremo de la India ha participado en negociaciones complejas con otros órganos del Estado y con demandantes de la sociedad civil, el sector pirvado y otras partes de la ciudadanía para crear soluciones que sean flexibles y factibles. […] Sería más pertinente considerar al Tribunal Supremo de la India y a otros tribunales superiores como facilitadores o mediadores que permiten que el Estado y los grupos de ciudadanos lleguen a acuerdos y consigan el fin de mejorar el acceso y la calidad de los derechos sociales.[33]

De igual manera, es menester tomar en cuenta el caso de las jurisdicciones de Colombia, Sudáfrica e India sobre cómo sus máximos organismos de interpretación constitucional han contribuido para dotar de

33 Shylashri Shankar, "Los negociadores inherentes. Los jueces de los tribunales superiores de la India y los derechos socioeconómicos" en Daniel Bonilla Maldonado (edit. acad.) *Constitucionalismo del sur global* (Bogotá: Siglo del hombre editores, 2015), 125-138.

contenido a los derechos socioeconómicos y sus garantías para hacerlos accesibles a las personas pobres y vulnerables hacia modelos de justicia distributiva y, demuestran, además, las posibilidades innovadoras de los remedios judiciales que pueden ayudar a mejorar las condiciones que hacen realidad los ideales y garantías constitucionales.[34]

La correlación de intervenciones expresan una corresponsabilidad de distintos órganos del poder público para avanzar hacia dinámicas más amplias que activen responsabilidades deliberativas y concurrentes para la protección de los derechos. La asunción de prácticas dialógicas e incluyentes en las Cortes Constitucionales es una alternativa que contribuye a fomentar otras respuestas y compromisos en medio de una intervención conversacional de varios actores que aportan para concertar las múltiples soluciones que requieren los derechos.

Aquel modelo da luces para que las sentencias puedan ser desarrolladas de un modo participativo para asegurar seguimientos a su aplicación. Y es que los derechos iusfundamentales merecen remedios –entendidos como acciones de política pública- diversos que los atiendan y un monitoreo de su ejecución, de lo contrario las repercusiones y sus efectos están llenos de dificultades. Uno de los casos estudiados por César Rodríguez Garavito corresponde al No. T-760 sobre la decisión de la Corte Constitucional Colombiana en servicios de salud y le permite afirmar lo siguiente para explicar el activismo dialógico judicial:

> Nuestra defensa empírica del activismo dialógico ofrece nuevos argumentos a las críticas contra el activismo judicial. A la crítica de que los jueces no responden en forma democrática por sus actos ante los ciudadanos, contestamos que es necesaria una concepción más amplia de la rendición de cuentas democrática y de la separación de poderes con el fin de plasmar las realidades de la práctica democrática. En esta concepción, los tribunales dialógicos promueven la democracia, en lugar de erosionarla, al ejercer un

34 Ver al respecto, el trabajo de David Bilchitz, "El constitucionalismo, en el sur global y la justicia económica" en *Constitucionalismo del sur global,* 57-123.

> control horizontal de la responsabilidad de otras ramas del gobierno y ayudar a romper los bloqueos institucionales que contribuyen a las violaciones masivas de los DESC. Además fomentan, en lugar de inhibir, la participación democrática y la deliberación colectiva para solucionar los dilemas de la justicia distributiva. […] El activismo dialógico reduce, aunque no elimina, el riesgo de los tribunales de estar abrumados por las demandas crecientes y las complejidades de los casos estructurales.[35]

La concepción del constitucionalismo dialógico es reposicionar a los tribunales en el papel de mediadores autorizados que intercambiar puntos de vista con la comunidad y los poderes públicos para coadyuvar en la solución de las problemáticas, para lo cual pueden implementar diversos mecanismos. Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco sugieren salas de seguimiento especializadas o el nombramiento de expertos independientes que supervisen el cumplimiento de las sentencias. Otros autores sugieren la realización de audiencias públicas o la promoción de los *amicus curiae* como dispositivos que facilitan el diálogo judicial.

El esquema deliberativo jurisdiccional enfatizaría en que las intervenciones judiciales dialógicas tienen un mayor impacto en el cumplimiento de los DESC en relación a las monológicas. Las sentencias dialógicas son definidas por estos autores como:

> Aquellas que combinan derechos fuertes (es decir, la protección judicial de niveles básicos de bienestar), remedios moderados (es decir, órdenes abiertas que dejan los detalles de la política pública al gobierno, pero especifican plazos y procedimientos que este debe cumplir) y seguimiento fuerte (es decir, decisiones de seguimiento que valoren el progreso, presionen a los funcionarios recalcitrantes a cumplir e involucren a diversos grupos de interesados en un proceso de deliberación pública y de solución colaborativa de problemas sobre las causas subyacentes a las violaciones de los

35 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 Veintiuno editores, 2015), 237.

DESC).[36]

La propuesta de constitucionalismo dialógico tiene por objetivo reconceptualizar las relaciones entre los poderes del Estado hacia dimensiones cooperativas y promover mayores resonancias públicas sobre los efectos de las decisiones judiciales. La generación de reformas legales o institucionales son formas de instar al poder legislativo y ejecutivo como consecuencia de un pronunciamiento jurisdiccional, lo cual no supone definir los contenidos de esas reformas, pero sí los puntos de partida para su generación. De igual manera, la presión ciudadana debe encontrar apertura y receptividad en los jueces para tratar sus reclamos en consideración de que la atención a sus necesidades o su falta de respuesta generan efectos y afectaciones colectivas.

2.6. La inclusión de los pluralismos y las diversidades para la discusión pública

El diálogo judicial requiere la construcción de un programa intercultural que tendería progresivamente a combinar el potencial movilizatorio y activista de las organizaciones sociales y, al mismo tiempo, reconocer que las judicaturas deben asumir lógicas incluyentes y dialógicas para la búsqueda conversacional de la justicia con la sociedad, con lo cual se suscitarían procesos de diálogo colectivo que serán sostenidos entre actores sociales e institucionales hacia el desbloqueo de las políticas públicas, el mejoramiento en la coordinación de organismos públicos y la formulación de políticas provenientes de ejercicios dialógicos con una multiplicidad de actores.

O sea, tan relevantes como los aportes de los sujetos sociales para reclamar nuevas y mejores condiciones para los derechos, son también las dinámicas y metodologías institucionales que deben crearse en la jurisdicción ordinaria y en la judicatura constitucional para superar las fórmulas solitarias y cerradas en la toma de decisiones judiciales con el propósito de dar cabida a un diálogo jurisdiccional en distintos

36 Ibíd., 240.

momentos del proceso y que incorporaría instrumentos participativos que permitan a la comunidad ser parte de la última palabra y superar los ámbitos monológicos del quehacer judicial. Por ello, es relevante pensar: ¿quiénes dialogan y cómo lo hacen?

El desarrollo de derechos requieren de una capacidad para movilizar el derecho constitucional a su favor según Charles R. Epp. Este fenómeno sucede porque el diseño de la política judicial puede ser antidemocrático y esto se debe a que la interpretación judicial puede sólo impulsar los derechos que interesen a los grupos que cuenten con condiciones organizativas y financieras para litigar hasta el final de un proceso, mientras que para aquellos sectores o grupos que no cuenten con esas condiciones los derechos se convierten en "barreras de pergamino". El presente y el futuro de los derechos está también condicionado por los esfuerzos colectivos y la estructura de sostén asentada en la sociedad civil, lo cual hay que tener presente para no pensar que los derechos son "simplemente limosnas que el sistema judicial les da a individuos aislados suplicantes". De acuerdo a lo que sugiere Charles R. Epp:

> Ni una Constitución escrita ni una cultura defensora de los derechos ni la actitud liberal de los jueces son suficientes para lograr que el sistema judicial preste una atención sostenida a los derechos y los respalde. La protección de los derechos y las libertades civiles depende, además, de una estructura de sostén enraizada en la sociedad. Sin ella, hasta las más claras garantías constitucionales de los derechos pueden perder toda su significación en los estrados. Por el contrario, una estructura de sostén sólida y vital puede extender y expandir la más débil de las legislaciones sobre derechos. Quienes participan de las decisiones en una democracia constitucional harían bien en concentrar sus esfuerzos no sólo en redactar o revisar las cláusulas constitucionales ni únicamente en la designación de los jueces que habrán de interpretarlas, sino también en formar la estructura de sostén que defienda y desarrolle

esos derechos en la práctica.[37]

Para que la búsqueda y la protección de los derechos pueda desarrollarse mediante una conversación extendida en el tiempo y en el espacio, existen algunos elementos sustanciales para posibilitar el diálogo constitucional en el nivel institucional y en el nivel procedimental. El primero corresponde a la igualdad, en el sentido de que los actores judiciales locales (Corte Constitucional o Corte Nacional) e internacionales (Corte IDH) deben intervenir en condiciones de igualdad para la adjudicación constitucional, asegurando un lugar a la ciudadanía en esa intervención. Como sostiene R. Gargarella, si el poder judicial toma una decisión sobre la interpretación de un derecho y un tribunal internacional decide lo contrario en nombre de ser la "autoridad final", se desnaturalizaría el sentido de una conversación. Y afirma: "a la hora de entender 'qué es lo que dice el derecho', no basta con escuchar lo que dicen los tribunales: la interpretación constitucional no refiere a una tarea exclusiva y excluyente de las cortes: todas las ramas de gobierno (toda la comunidad, me animaría a precisar) debe(n) participar en pie de igualdad, en la conversación acerca del significado de la Constitución".[38]

Por tanto, la discusión sobre quién tiene la última palabra: si los jueces estatales o los jueces interamericanos, debe ser complementada con la reflexión sobre cómo aseguramos condiciones de igualdad para el debate público y para la participación más amplia de actores institucionales y sociales en las decisiones iusfundamentales.

Otro elemento relevante tiene que ver con que en el diálogo judicial se encuentren presentes "todos los potencialmente afectados" porque las posibilidades de adoptar resoluciones más imparciales se maximizan cuando aquellos participan en su discusión. Quienes defienden la democracia deliberativa sostienen que "los riesgos de sesgos impropios aumentan cuando solo unos pocos o solo un pequeño segmento de la

37 Charles R. Epp., *La revolución de los derechos,* 302-3.

38 Roberto Gargarella, "Constitucionalismo dialógico y leyes interpretativas. Poniendo el marco de la discusión", op. cit.

sociedad queda a cargo de tomar tales decisiones públicas".[39]

En los términos de David Estlund, la democracia deliberativa es un ideal regulativo para ubicar las distorsiones del debate público y las carencias que este tiene por las exclusiones sociales.[40] Carlos Santiago Nino pone un acento determinante en los enfoques dialógicos para analizar las concepciones alternativas de democracia y considera que las cualidades morales del diálogo o de la deliberación justifican otras concepciones de democracia que reconocen la posibilidad de transformación de las preferencias de la gente. En palabras suyas:

> A pesar de existir diferentes versiones que corresponden a esta perspectiva general, todas ellas encuentran en el diálogo un medio para contener los intereses egoístas y el poder de las facciones que se basan en ellos. Este límite se logra gracias a la característica del diálogo de excluir aquellas posiciones que no pueden ser definidas desde un punto de vista imparcial.[41]

Otro elemento importante tiene relación con la implementación de procedimientos transparentes que permitan el acceso a la información y la transparencia en la manera en que se discuten los temas de interés común y en las formas en que se toman las decisiones. Por esa razón, "los debates públicos deben estructurarse de manera respetuosa con los intereses de sus participantes; y deben basarse por tanto en procedimientos que, por ejemplo, limiten los riesgos de manipulaciones o abusos por parte de alguno de los participantes".[42] El empleo de procedimientos discrecionales o de falta de información sobre cómo se adoptaron las decisiones no contribuye a estimular procesos deliberativos en la jurisdicción constitucional. El conflicto se agudiza para el Estado Constitucional cuando los jueces deciden con prácticas

39 Ibíd.

40 David Estlund, *La autoridad democrática.* Los fundamentos de las decisiones políticas legítimas, 129 y ss.

41 Carlos Santiago Nino, *La constitución de la democracia deliberativa* (Barcelona: Gedisa, 1996), 142.

42 Roberto Gargarella, "Constitucionalismo dialógico y leyes interpretativas. Poniendo el marco de la discusión", op. cit.

discrecionales, herméticas y cerradas que no permiten conocer a la gente qué pasó con sus participaciones en las audiencias públicas, cómo descartaron sus posiciones expuestas y cuáles fueron las razones para hacerlo.

La aplicación e interpretación del Derecho, concebido como el proyecto totalizador para contener al poder y para condicionar todos los poderes estatales a un encuadre normativo, se consagra, precisamente, a partir de cómo los ciudadanos pueden libremente ser parte de su proceso de concreción para intervenir en la juridificación de la democracia. Cualquier innovación o flexibilidad de los procedimientos supondría modificar las reglas procesales; sin embargo, lo que se trata es que el sistema de administración de justicia pueda garantizar la búsqueda de opciones de discusión y la utilización de procedimientos deliberativos para encontrar los sentidos constitucionales más próximos al caso en resolución y la protección más efectiva de los derechos frente a cualquier intento de quebrantamiento de los límites formales y materiales para su realización, todo lo cual lo que hace es posibilitar la continuidad del ordenamiento jurídico y evitar que no sea vulnerado ese ordenamiento preexistente.

La deliberación pública ofrece recursos institucionales y normativos para que los operadores judiciales hagan vigente el sistema constitucional e incluyan a aquellos que son parte de la comunidad política para discutir sin exclusiones las probables variaciones del sistema constitucional al momento de interpretar y dar forma a los derechos iusfundamentales. El debate democrático es un propósito significante para someter a revisión las preferencias y los desacuerdos de la nueva actualización constitucional mediante procesos de discusión entre los afectados o entre quienes son los verdaderos destinatarios de la Constitución: el pueblo.

Otro factor relevante para la deliberación inclusiva en la jurisdicción constitucional es la existencia de un diálogo genuino que no puede confundirse con expresiones o iniciativas que se anuncian

como dialógicas pero no lo son o se apropian de esos términos sin serlo. Por esta razón, Gargarella advierte que "el diálogo no debe reducirse (o identificarse con) un intercambio de argumentos entre agentes públicos" y que "el diálogo público no debe restringirse a una comunicación o intercambio de argumentos entre las autoridades nacionales y/o internacionales. Más específicamente, un diálogo adecuado siempre debe estar abierto a 'Nosotros, el pueblo' y, en particular, debe ser sensible a las voces de individuos y grupos que, razonablemente, podemos asumir que encuentran serias dificultades para tener acceso e influencia en el proceso de toma de decisiones".[43]

2.7. El diálogo constitucional no es equivalente a aceptar lo que pide la gente movilizada en las calles

Un indicador relevante para no confundir los alcances del tipo de diálogo que puede promover y organizar la jurisdicción constitucional, es dimensionar que el diálogo judicial debe ser principalmente con la comunidad, no puede restringirse a un diálogo entre las élites o entre las ramas del poder público, sino a integrar en la conversación a los sujetos sociales que esperan que la jurisdicción constitucional resuelve sus problemas en torno a lo que dice la Constitución. Sin embargo, desde esa perspectiva, la ciudadanía debe entender y reconocer que se trata de un diálogo eminentemente amplio y plural que exige ciertos acuerdos como: "los participantes deben intercambiar y discutir sus puntos de vista, ser sensibles a las ideas de los demás y motivados para modificar sus propios puntos de vista cuando se dan cuenta de que estaban equivocados en todos o parte de sus argumentos, o reconocer que los puntos de vista de los demás fueron más persuasivos".[44]

Para ello, ¿cuáles son los compromisos que debe asumir una Corte o Tribunal Constitucional para estructurar ese tipo de diálogo? debe crear las condiciones para asegurar políticas de transparencia, difundir la información necesaria, estimular oportunidades de discusión,

43 Ibíd.
44 Ibíd.

garantizar contrastación de puntos de vista, alentar el encuentro para la corrección recíproca de posiciones, entre otras garantías, porque caso contrario se pierden las posibilidades para un diálogo de la jurisdicción constitucional con la comunidad.

Las políticas constitucionales populares para los pluralismos y las diversidades que propongo deben ser vistas como un atributo societal, más no estatal, lo cual sí influye en su ejercicio. Acercar la ciudadanía y las voces de los comunes a los procesos de interpretación, control y argumentación constitucional supone el despliegue de condiciones para generar poder popular con el fin de impulsar y proteger derechos, sin restricciones que los friccionen. Estos postulados que sostengo tienen concordancia con lo propuesto por Ackerman:

> Pero los jueces del mundo real no deberían aspirar a presentar la Constitución en su 'mejor aspecto posible', un aspecto inevitablemente provisto por sus propias convicciones filosóficas. Ellos deberían aspirar a interpretar el texto constitucional en su aspecto más revelador: aquel aspecto que exhiba tanto los puntos fuertes como los débiles del logro histórico del pueblo estadounidense. La Constitución moderna no expresa una filosofía del derecho atemporal puesta de manifiesto en la Declaración de Independencia o en cierta labor hercúlea de reflexión filosófica. Es el producto de una progresiva lucha política: generación tras generación se han movilizado para criticar y reconstruir vastas porciones de la interpretación constitucional recibida.[45]

Aquellas políticas deben ser construcciones sociales, es decir, son determinaciones que hacen los pueblos y las sociedades, que no las hacen el Estado por sí mismo y para sí, ni tampoco los jueces, legisladores o autoridades estatales, sino que son políticas confeccionadas para responder a los problemas de los derechos y la democracia constitucional. Por supuesto, deben someterse a las disposiciones constitucionales y legales que rigen, pero se debe tener

45 Bruce Ackerman, *La política del diálogo liberal,* 78.

en cuenta que el tipo de sociedad y sus antecedentes históricos sí influye para deconstruir las metodologías y condiciones en que los diseños institucionales y sus políticas constitucionales pueden ser -más o menos- participativas.

CAPÍTULO III

AGENDA DE POLÍTICAS INSTITUCIONALES PARA DELIBERAR EN TÉRMINOS DE IGUALDAD E INCLUSIÓN CON LOS PLURALISMOS Y LAS DIVERSIDADES DE LA SOCIEDAD

3.1. Políticas conversacionales para las Cortes Constitucionales, los poderes públicos y la ciudadanía, a la luz de 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 Constitucionales 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.

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, 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 para 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 los saberes de los pueblos en la creación de otros métodos de interpretación constitucional? ¿Cuánto lograría 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 interpretar la Norma Fundamental, sino en cómo crear condiciones conversacionales para una interpretación más democrática y dialógica entre las Cortes y la ciudadanía. La vida de los pueblos, culturas y diversidades de América Latina, constituyen fuentes de derecho y derechos. Hay que considerar la premisa de que ellos pueden inventar nuevos referentes para la concreción material de los principios y libertades humanas, que no necesariamente son considerados por los modelos tradicionales de la jurisdicción constitucional para la construcción de nuevos paradigmas procedimentales e institucionales.

Convendría suscitar rupturas epistemológicas para formular otras alternativas en la interpretación iusfundamental: para pensar aquellas que provengan de la valoración y reconocimiento de los aportes del devenir histórico de los pueblos y el pluralismo jurídico que éstos 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 la protección y ejercicio de derechos 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 en poner atención a los sentidos que puedan aportar los sujetos de derechos para encarar las limitaciones de los modelos institucionales y procedimentales, 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 constitucionales de respeto para cada cual y de la responsabilidad solidaria universal de *uno para con el otro*.

3.2. El test de convencionalidad y la interpretación del derecho interamericano desde repertorios dialógicos con la comunidad

Los Estados de la región, a través de sus Cortes Constitucionales y todos los órganos de la administración en todos los niveles, tienen la obligación internacional de ejercer el test de convencionalidad.

Este test o examen debe ser realizado *ex officio* por toda autoridad pública y con la activa participación de los Tribunales o Cortes para

verificar su ejecución, considerando que debe implementarse con varios parámetros normativos y no sólo la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino también: i) otros tratados de derechos humanos que obliguen a los Estados parte; ii) depende de los mecanismos que cada Estado adopte para ejercerlo porque la Corte no impone un modelo de control uniforme o único para su ejercicio; y, finalmente, iii) se extiende también a las opiniones consultivas y jurisprudencia de la Corte IDH.

En cuanto al parámetro normativo de las opiniones consultivas, debe considerarse que son interpretaciones autorizadas de la Convención Americana, y son parte de las obligaciones estatales; por tanto, los operadores de justicia en todos los niveles deben utilizarlo como un parámetro normativo del test de convencionalidad para que sus decisiones se sustenten en una fuente del ordenamiento jurídico interamericano establecida por la misma Corte IDH:

> […] Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, "la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos". A su vez, a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos […] cuentan con una fuente que […] contribuye […] a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos.[46]

Las opiniones consultivas son parte del parámetro de control de convencionalidad conjuntamente con la Convención Americana y otros

46 El órgano jurisdiccional en materia de derechos humanos ya se ha pronunciado al respecto en su opinión consultiva OC-21/14 sobre los derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración, Corte Interamericana de Derechos Humanos 2014, párr. 31.

tratados de derechos humanos, y, con la jurisprudencia de la Corte IDH. Además, las opiniones consultivas vincularían no sólo a los Estados que hayan ratificado la competencia contenciosa de la Corte IDH, ni sólo a los Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino a todos los Estados miembros de la OEA.

Los Tribunales y Cortes Constitucionales deben ejercer el test de convencionalidad siguiendo metodologías y protocolos participativos para un diálogo con los pluralismos y las diversidades de la sociedad, a partir de las modalidades que cada ordenamiento jurídico de cada Estado les permita, y, para lo cual puede ser oportuno el siguiente esquema:

i) Revisar la compatibilidad entre el acto normativo o administrativo sujeto a su conocimiento en el proceso que se encuentra por resolver y la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte.

ii) Considerar el ámbito de competencias que permita su ejecución desde una de estas atribuciones: a) la supresión de normas contrarias a la CADH; o b) su interpretación conforme a la CADH. No es suficiente con encontrar disposiciones jurídicas acordes a la Convención Americana y los demás instrumentos del derecho interamericano; es necesario que la interpretación que se haga sobre esas disposiciones pueda ser también acorde, por lo que el control de convencionalidad operaría también sobre esas interpretaciones.

iii) Ejercer una interpretación hermenéutica que haga compatibles las obligaciones del Estado con sus normas internas y en consideración de un diálogo normativo entre el derecho nacional y la jurisprudencia de la Corte IDH, tanto contenciosa como consultiva.

iv) Verificar que el test convencional obligatorio pueda estar en consonancia jurídica con los principios del derecho internacional público y de las propias obligaciones internacionales del Estado asumidas al momento de hacerse parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.[47]

47 Paúl Córdova Vinueza, *El control de convencionalidad. Las obligaciones de los servidores públicos para cumplir con el Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2020, 22 y ss.

BIBLIOGRAFÍA

Ayala Mora, Enrique. *Manual de historia del Ecuador.* Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, tomo II, 2008.

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. *El control de convencionalidad*. *Las obligaciones de los servidores públicos para cumplir con el Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2020.

_____.*Justicia dialógica para la última palabra*. *Por una argumentación deliberativa entre los jueces, la ciudadanía y las Cortes*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017.

_____.¿Tienen los jueces la última palabra? Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2018.

_____.*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, compiladores. *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, 21-30, noviembre de 2015.

_____."La Constitución desconstitucionalizada. Líneas jurisprudenciales del sistema de administración de justicia constitucional ecuatoriano", en Luis Fernando Torres (ed.), *Debate constitucional,* Quito: Cevallos, 2016.

_____.*Crisis de Gobernabilidad,* Quito: Ediciones Ave Blanca, 2003.

_____.*Estado autoritario, corporativizado y bloqueado,* Quito: Coedición del Centro de Estudios Construyendo Ciudadanía y Democracia del Instituto de Ciencias Internacionales de la Universidad Central del Ecuador y Universidad Iberoamericana del Ecuador: COINCIDE, UNIBE, ISPCI, UCE, 2008.

_____.*Derecho procesal constitucional. Estudios críticos de doctrina, dogmática, argumentación y jurisprudencia*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016.

_____."Constitucionalismo dialógico y última palabra. Una agenda de políticas deliberativas para las cortes constitucionales". En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2016*. Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2016.

_____. "Propuesta sobre la enseñanza del derecho constitucional. hacia una teoría de sus estudios jurídicos críticos" en *Indisciplinas* No. 4, vol. 2, Facultad de Derecho de la Universidad Autónomo Latinoamricana, Medellín, julio-diciembre 2016.

Córdova Vinueza, Paúl y Montúfar, César. *Vivir la democracia desde la participación ciudadana, los movimientos sociales y los partidos políticos*. Quito: Centro de Estudios Construyendo Ciudadanía y Democracia del Instituto de Ciencias Internacionales de la Universidad Central del Ecuador: COINCIDE, ISPCI, UCE, 2005.

Estlund, David. *La autoridad democrática*. Los fundamentos de las decisiones políticas legítimas. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011.

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

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, coordinadores. *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, compilador. *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014.

_____."Prólogo". En Córdova Vinueza, Paúl, *Justicia dialógica para la última palabra. Por una argumentación deliberativa entre los jueces, la ciudadanía y las Cortes*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017.

_____. "Piedras de papel" y silencio: la crisis política argentina leída desde su sistema institucional". En Roberto Gargarella, coord., *Teoría y crítica del derecho constitucional*. Tomo I, 73-86, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.

_____. *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz editores, 2014.

Gil Domínguez, Andrés. *Derechos, racionalidad y última palabra*. Buenos Aires: Ediar, 2014.

Gil Lozano, Fernanda. "Historia social latinoamericana: pensar la nación". En Carrió Elisa y Diana Maffía, compiladores. *Búsquedas de sentido para una nueva política*. Buenos Aires: Paidós, 2005.

González Jácome, Jorge. "¿El poder para la gente? Una introducción a los debates sobre el constitucionalismo popular". En Chemerinsky, Erwin y Parker, Richard D., *Constitucionalismo popular*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores / Universidad de los Andes / Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, 2011.

González, Pablo, Natalie Reyes y Marcela Zuñiga, *La doctrina del control de convencionalidad y su aplicación en algunas experiencias nacionales*. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Americas, 2016.

Gros Espiell, Héctor. "Constitucionalismo y codificación latinoamericanos", en Germán Carrera Damas, director y John V. Lombardi, codirector. *Historia general de América Latina*. Madrid: UNESCO / Trotta, volumen V, 2007.

Gros Espiell, Héctor. "Los derechos humanos y el sistema interamericano". En Vasak Karel, editor general. *Las*

dimensiones internacionales de los derechos humanos, Barcelona: Unesco, 1984.

Habermas, Jurgen. *Teoría de la acción comunicativa. Crítica de la razón funcionalista*. Madrid: Trotta, 2010.

_____. *La inclusión del otro. Estudios de Teoría Política*. Madrid: Paidós, 1999.

Haddad Linero, Yebrail. *La democracia deliberativa. Perspectiva crítica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia / Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2006.

Hevia, Martín, "Examen para candidatos a la Corte", *El Clarín*, 1 de marzo de 2016.

García Jaramillo, Leonardo. "Introducción", en Robert Post y Reva Siegel, *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2013.

Kramer, Larry D. *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

Klein, Herbert. S. *Historia de Bolivia*. La Paz: G.U.M., 2008.

Landa, César. "Los precedentes constitucionales. El caso del Perú". En Claudia Escobar García, editora. *Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.

Moncada, José. "De la independencia al auge exportador", en Moreno, Alejandro, et. al. *Ecuador: pasado y presente,* Quito: Universidad Central del Ecuador, 1975.

Nino, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1996.

Oyarte Martínez, Rafael. "La acción de inconstitucionalidad de actos normativos" en Rafael Oyarte Martínez, *Procesos Constitucionales en el Ecuador*. Quito: Tribunal Constitucional / Instituto de Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III de Madrid / Comisión Europea / Corporación Editora Nacional, 2005.

_____."La Supremacía Constitucional", en Konrad Adenauer, *Derecho Constitucional para fortalecer la democracia ecuatoriana*. Quito: Fundación Konrad Adenauer / Tribunal Constitucional, 1999.

Parker, Richard. "Aquí el pueblo gobierna. Un manifiesto populista constitucional" en *Constitucionalismo popular.* Bogotá: Siglo del Hombre Editores / Universidad de los Andes / Pontificia Universidad Javeriana, 2011.

Pezzetta, Silvina. "Ejercicio sobre las opiniones y expectativas de los estudiantes de Derecho. Entre la conformidad y la crítica". *Academia*, (24), 211-234, 2014.

Post, Robert y Siegel, Reva. "Constitucionalismo popular, departamentalismo y supremacía judicial". En Robert Post y Reva Siegel, *Constitucionalismo democrático*. *Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2013.

Ramos Nuñez, Carlos. *Derecho, tiempo e historia*. *Discursos académicos*. Lima: Legisprudencia.pe, 2013.

_____. *Codificación, tecnología y postmodernidad*. *La muerte de un paradigma*. Lima: Legisprudencia.pe, 2014.

_____. *La letra de la ley. Historia de las Constituciones del Perú*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú, 2018.

Rodríguez Garavito, César 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.

Sabá, Roberto. "Los jueces no son (sólo) árbitros" en *Clarín,* Argentina, 29 de septiembre de 2020, disponible en https://www.clarin.com/opinion/jueces-solo-arbitros_0_uU9sVN0Q8.html. Consulta: 29 de septiembre de 2020.

Trabuco, Federico. *Constituciones de la República del Ecuador,* Quito: Editorial Universitaria, 1975.

Tushnet, Mark. *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1999.

_____. ¿Por qué la Constitución importa? Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

Esta publicación se realiza en el marco del II CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL: MIRADAS DIALÓGICAS, REFLEXIONES, RETOS Y DESAFÍOS DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL "En conmemoración al centenario de las primeras Salas Constitucionales".

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA

Av. del Maestro N° 300
(+591-4) 64-40455 * Fax 64-21871
Línea gratuita 800-10-2223
www.tcpbolivia.bo
tcp@tcpbolivia.bo
Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia
@TCP_bolivia