II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A532
Anais II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino [Recurso eletrônico on-line] organização Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ;

Coordenadores: Margarida Lacombe Camargo, Natasha Pereira Silva, Vinícius Sado Rodrigues – Rio de Janeiro: UFRJ, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-764-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Filosofia do Direito. 2. Gênero e Teoria do Direito. 3. Democracia. 4. Desigualdades. 5. Justiça de Transição. 6. Estado de Exceção. 7. Ativismo Judicial. 8. Racionalidade Jurídica. 9.Clássicos I. II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino (1:2018 : Rio de Janeiro, RJ).

CDU: 34

UNIVERSIDADE FEDERAL
DO RIO DE JANEIRO

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Apresentação

O mundo latino tem investido na construção de uma jusfilosofia que objetiva produzir epistemologias e referências conceituais a partir de contextos próprios, de modo a contribuir para a transformação das instituições jurídicas, políticas e sociais vigentes.

Com essa intenção, a iLatina, através do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro (PPGD-UFRJ), promoveu, em julho de 2018, na cidade do Rio de Janeiro, o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino.

O encontro contou com a presença de estudiosos da Filosofia do Direito de quase todos os países do chamado "mundo latino", com o desafio de pensar, sob a perspectiva da Filosofia, problemas que desafiam as democracias atuais. Um dos eixos principais dessa discussão é o que se concentra no debate do Ativismo Judicial e da Judicialização da Política, cujas questões são exploradas pelos trabalhos desta coletânea.

O Congresso contou com o trabalho de sistematização dos textos apresentados para cada grupo temático, estruturado em forma de relatoria. A relatoria do grupo Ativismo Judicial e Judicialização da Política ficou sob a responsabilidade da professora Isabel Lifante-Vidal, Titular de Filosofia do Direito da Universidade de Alicante (UA). Como bem salientou a professora, a maioria dos trabalhos é proveniente do Brasil e todos se reportam, direta ou indiretamente, à recente experiência do seu país.

Claudia Aniceto Caetano Petuba (Brasil) discorre sobre a expansão dos limites de atuação do Poder Judiciário no Brasil pós-88. Delano Sobral (Brasil) enfrenta o tema da judicialização da política a partir de exemplos da jurisprudência brasileira, em especial o caso do ex-presidente Lula. Fabio José Silva de Assis explora algumas das causas da judicialização da política, também no Brasil. Fabiana Gomes Rodrigues e Nelson Luiz Motta Goulart (Brasil) exploram a questão da distribuição de medicamentos e fazem um retrospecto detalhado da judicialização da política nessa área, no Brasil. Vívian Alves de Assis e Rosângela Lunardelli Cavallazzi (Brasil), provocadas pela experiência brasileira, mostram como a neutralidade da ciência jurídica, de base kelseniana, serve de manto para o protagonismo político do Poder Judiciário.

Karina Denari Gomes de Mattos (Brasil), com base no trabalho de Nuno Garoupa e Tom Gisnburg, propõe um teste de mídia sobre o caso da prisão do ex-presidente Lula, para percepção e cálculo de reputação do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Thomas da Rosa Bustamante (Brasil) reclama do abuso demagógico e populista de juízas e juízes brasileiros quando se pronunciam fora dos autos, identificando essas falas como obter dicta. Por fim, Ana Paula Bodin Gonçalves Agra (Brasil), com base na teoria de Ingeborg Maus e no instrumental psicanalítico de Lacan, fala da infantilização da sociedade brasileira ao transferir para os juízes o poder de decidirem politicamente.

O ativismo, na Argentina, é visto por Walter Fabian Carnota (Argentina) como decorrência do exercício de políticas públicas pelos juízes. Ele analisa uma sentença da Corte Suprema de Justiça, de 1992, e mostra como os juízes foram ativistas ao agirem em auxílio do governo, assegurando, naquela ocasião perante a comunidade internacional, que os compromissos assumidos pelo país fossem cumpridos.

No âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Magda Yadira Robles Garza (México) faz um estudo de caso em que analisa os fundamentos de uma decisão, procurando mostrar a mudança da Corte, de uma postura de autocontenção e interpretação restritiva da norma, para um ativismo judicial e de enfrentamento, tal como se entende por judicialização da política.

Sob o aspecto metodológico, da argumentação e da racionalidade, Eduardo Ribeiro Moreira (Brasil) explora a interlocução existente entre Filosofia, Direito e Política a indagando, fundamentalmente, se é legítimo o sincretismo metodológico na interpretação constitucional.

Alí Vicente Lozada Prado (Espanha) analisa o ativismo judicial, que distingue na violação de uma obrigação de deferência a favor do legislador ou das autoridades administrativas, em casos de adjudicação de direitos sociais, sugerindo uma tipologia.

Por fim, Maria Carlota Ucín (Argentina) sugere a criação de standars capazes de aportar "elementos objetivos de evaluación de las políticas públicas sumetidas a revisión judicial o incluso también, la evaluación de las omisiones estatales".

No campo das relações entre Direito e Política, Jackeline Cecilia Saraiva Caballero (Colômbia) mostra como os litígios estruturais têm gerado otimismo e esperança nas cidadãs e cidadãos colombianos: "Al suscitar la participación de los afectados dentro de las altas

esferas del país, el sentimento de impotência aminora y surge um processo com espacios inclusivos que propicia el debate dialógico y la deliberación para rediseño de politicas públicas.”

Juan Manuel Sosa Sacio (Peru), a partir de uma concepção dialógica, mostra que os tribunais constitucionais atuam como atores políticos e sociais, cuja legitimidade é buscada, estrategicamente, como critério de correção. Cristina Estela Gonzalez de la Veja e María del Carmen Piña (Argentina), sob o título “Activismo judicial, valores y posmodernidad”, sustentam que “el activismo integra el derecho procesal de excepción, disposto a dar respuestas eficientes, tempestivas y pensadas fundamentalmente en su destinatario: o justiciable.”.

Rayla Mariana Figueiredo Silva e Julio Cesar Pompeu (Brasil) examinam algumas teorias sobre a representação do poder do Estado. Sob um viés mais estritamente filosófico, Maria Nazareth Vasques Mota e Guilherme Gustavo Vasques Mota (Brasil) exploram o ativismo judicial sob matrizes da filosofia neoliberal, como a de Ludwig von Mises.

Luciano Sampaio Gomes Rolim (Brasil), com base em Kant, sustenta que “o sentido positivo dos conceitos de utopia e ideologia torna possível um esforço de aplicação desinteressada do direito que não exclui a priori toda e qualquer consideração de ordem ideológica como se se tratasse de um agente agressor externo a ser prontamente neutralizado e destruído”. De forma mais acentuadamente crítica, Ana Katia Troncoso Muñoz (Argentina) procura mostrar como a discussão política nos tribunais é funcional para a governabilidade neoliberal. Pedro da Silva Moreira e Bruno Irion Coletto (Brasil), por sua vez, atacam a teoria do garantismo, de Luigi Ferrajoli, como propícia ao ativismo judicial.

É com o objetivo de compartilhar o diálogo e promover o acesso às discussões da temática feitas durante o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino que apresentamos estes Anais. A coletânea reúne os trabalhos que nos ajudam a lançar novos olhares, sob a perspectiva da Filosofia e do Direito, para o debate contemporâneo.

Margarida Lacombe Camargo

Natasha Pereira Silva

Organizadoras

ATIVISMO JUDICIAL DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS E SUA POSSÍVEL LEGITIMIDADE ATRAVÉS DE MECANISMOS LIGADOS À DEMOCRACIA DELIBERATIVA

ACTIVISMO JUDICIAL DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y SU POSIBLE LEGITIMACIÓN A TRAVÉS DE MECANISMOS VINCULADOS A LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Juan Manuel Sosa Sacio

Resumo

Ao resolver casos complexos, os tribunais constitucionais muitas vezes tomam decisões que podem ser qualificadas como "ativistas". Esse ativismo judicial é criticado tanto pelo "constitucionalismo fraco", que não dá a "última palavra" em termos de interpretação constitucional aos juízes (por considerar que isso é pouco legítimo em termos democráticos, que é pouco respeitoso do princípio de igual valor das pessoas e por incorrer no chamado "elitismo judicial"), como também do chamado "constitucionalismo principialista" (por considerar que não conhece a dimensão autoritativa do Direito). Em face disso, o autor destaca que os tribunais constitucionais são órgãos políticos, embora em sentido diferente dos poderes políticos. Também afirma que, diante de casos complexos –e especialmente aqueles que requerem dos tribunais práticas "ativistas"– os tribunais constitucionais devem buscar formas de legitimação democrática, no contexto de uma concepção deliberativa de democracia, como um critério complementar de correção. Com base em tudo isso, o autor expõe quais são os principais meios ou estratégias de legitimação democrática usados pelos tribunais constitucionais, listagem que formulasse levando em conta a rica casuística oferecida pelos tribunais constitucionais, especialmente da América Latina.

Palavras-chave: Ativismo judicial, Tribunais constitucionais, Justiça dialógica, Legitimação democrática

Abstract/Resumen/Résumé

Al resolver casos complejos los tribunales constitucionales muchas veces toman decisiones que pueden ser calificadas como “activistas”. Este activismo judicial es criticado tanto desde el “constitucionalismo débil”, que no le otorga la “última palabra” en materia de interpretación constitucional a los jueces (por considerar que ello es poco legítimo en términos democráticos, que es poco respetuoso del principio de igual valor de las personas y por incurrir en el llamado “elitismo judicial”), como también desde el llamado “constitucionalismo principialista” (por considerar que desconoce la dimensión autoritativa del Derecho). Frente a ello, el autor señala que los tribunales constitucionales son órganos políticos, si bien en un sentido distinto al de los poderes políticos. Precisa asimismo que, frente a casos complejos –y en especial aquellos que exigen de las cortes prácticas “activistas”– los tribunales constitucionales deberían buscar formas de legitimación

democrática, en el marco de una concepción deliberativa de democracia, a modo de criterio complementario de corrección. Con base en todo ello, el autor expone cuáles vienen siendo los principales medios o estrategias de legitimación democrática a los que han acudido las cortes constitucionales, lista que formula tomando en cuenta la rica casuística que ofrecen las cortes constitucionales, en especial las de América Latina.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Activismo judicial, Tribunales constitucionales, Justicia dialógica, Legitimación democrática

Activismo judicial de los tribunales constitucionales y su posible legitimación a través de mecanismos vinculados a la democracia deliberativa

Juan Manuel Sosa Sacio[1]

Resumen

Al resolver casos complejos los tribunales constitucionales muchas veces toman decisiones que pueden ser calificadas como "activistas". Este activismo judicial es criticado tanto desde el "constitucionalismo débil", que no le otorga la "última palabra" en materia de interpretación constitucional a los jueces (por considerar que ello es poco legítimo en términos democráticos, que es poco respetuoso del principio de igual valor de las personas y por incurrir en el llamado "elitismo judicial"), como también desde el llamado "constitucionalismo principialista" (por considerar que desconoce la dimensión autoritativa del Derecho).

Frente a ello, el autor señala que los tribunales constitucionales son órganos políticos, si bien en un sentido distinto al de los poderes políticos. Precisa asimismo que, frente a casos complejos –y en especial aquellos que exigen de las cortes prácticas "activistas"– los tribunales constitucionales deberían buscar formas de legitimación democrática, en el marco de una concepción deliberativa de democracia, a modo de criterio complementario de corrección.

Con base en todo ello, el autor expone cuáles vienen siendo los principales medios o estrategias de legitimación democrática a los que han acudido las cortes constitucionales, lista que formula tomando en cuenta la rica casuística que ofrecen las cortes constitucionales, en especial las de América Latina.

Palabras clave

Activismo judicial, tribunales constitucionales, justicia dialógica, legitimación democrática

[1] Doctorando por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Máster en Argumentación jurídica por la Universidad de Alicante y magíster en Derecho Constitucional por la PUCP. Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Profesor de pre y posgrado en la UNMSM.

Resumo

Ao resolver casos complexos, os tribunais constitucionais muitas vezes tomam decisões que podem ser qualificadas como "ativistas". Esse ativismo judicial é criticado tanto pelo "constitucionalismo fraco", que não dá a "última palavra" em termos de interpretação constitucional aos juízes (por considerar que isso é pouco legítimo em termos democráticos, que é pouco respeitoso do princípio de igual valor das pessoas e por incorrer no chamado "elitismo judicial"), como também do chamado "constitucionalismo principialista" (por considerar que não conhece a dimensão autoritativa do Direito).

Em face disso, o autor destaca que os tribunais constitucionais são órgãos políticos, embora em sentido diferente dos poderes políticos. Também afirma que, diante de casos complexos –e especialmente aqueles que requerem dos tribunais práticas "ativistas"– os tribunais constitucionais devem buscar formas de legitimação democrática, no contexto de uma concepção deliberativa de democracia, como um critério complementar de correção.

Com base em tudo isso, o autor expõe quais são os principais meios ou estratégias de legitimação democrática usados pelos tribunais constitucionais, listagem que formulasse levando em conta a rica casuística oferecida pelos tribunais constitucionais, especialmente da América Latina.

Palavras-chave

Ativismo judicial, tribunais constitucionais, justiça dialógica, legitimação democrática

En el presente trabajo vamos a partir de la idea de que las cortes constitucionales[2] cumplen roles políticos, sobre todo frente a casos complejos[3], lo cual en algunas ocasiones implica que tomen decisiones que pueden calificadas como “activistas”. Consideramos, asimismo,

[2] A efectos de precisar mejor nuestro ámbito de atención, vamos a entender por tribunales o cortes constitucionales a los órganos ad hoc que ejercen el llamado control “concentrado” de constitucionalidad, pero también usaremos la expresión para referirnos a las cortes supremas, o a las salas especializadas dentro de ellas, en la que medida que materialmente realizan funciones de cortes constitucionales –en especial, en lo que se refiere a resolver controversias complejas, de relevancia social y política, vinculadas con una cuestión constitucional–.

[3] Como explicaremos mejor luego, por casos complejos nos vamos a referir a los llamados “casos difíciles”, e incluso a los “trágicos” (Atienza 2005: 123), básicamente en los términos planteados por las teorías de la interpretación y argumentación jurídicas; como también a los casos social y políticamente relevantes, en los cuales el Derecho positivo o las herramientas procesales disponibles muchas veces son insuficientes.

que este activismo judicial resulta perfectamente compatible con el encargo que, en los hechos, han recibido los tribunales constitucionales, en especial en el marco del modelo de control constitucional "fuerte", en el cual los tribunales detentan la "última palabra" en materia de interpretación constitucional (cfr. Tushnet 2013: 103 y ss.).

El activismo judicial es criticado desde diferentes flancos. Así por ejemplo, quienes defienden modelos de "constitucionalismo débil" critican la insuficiente legitimidad democrática de los tribunales constitucionales y señala que estos son una manifestación de "elitismo judicial", poco respetuosa del principio de igual valor y respeto de las personas (cfr. Waldron 2005). Por otra parte, quienes se inscriben en el llamado "constitucionalismo principialista" indican que el activismo judicial termina subestimando o trasgrediendo los componentes autoritativos del Derecho ("el valor de los textos, del imperio de la ley y de la división de poderes"), incurriendo muchas veces en formas de autoritarismo o arbitrariedad judicial (cfr. Atienza 2013: 153-154, ídem 2011: 80)

En este trabajo vamos a explicar que, en el marco de entender adecuadamente las funciones de los tribunales constitucionales, y de enfrentar el asunto no solo desde la teoría de la argumentación jurídica o de la interpretación jurídica, sino también desde la teoría de la democracia, es posible encontrar respuestas para superar a las críticas planteadas. En especial, vamos a explicar que los tribunales constitucionales suelen acudir a medios o estrategias de legitimación democrática que –cuando menos en el contexto de modelos deliberativos (y epistémicos) de democracia (cfr. Linares 2015; Martí 2006 y 2011)– permitirían levantar los cuestionamientos formulados contra las cortes activistas, sobre todo aquellos vinculados con la falta de legitimidad democrática de los tribunales y con su displicencia frente a la "dimensión autoritativa" del Derecho.

De este modo, si bien vamos a referirnos al rol de los tribunales constitucionales como actores políticos y sociales, así como a la posibilidad de que las cortes constitucionales consideren a la legitimación democrática de sus decisiones como un criterio de corrección, en esta oportunidad nos vamos a dedicar sobre todo a describir algunos de estos medios o estrategias legitimadoras que vienen usando las cortes constitucionales, principalmente en el ámbito latinoamericano, esto el marco de una concepción dialógica de la justicia constitucional.

I. Los tribunales constitucionales como actores políticos y sociales

En el ámbito latinoamericano se insiste mucho en entender a los tribunales –incluyendo a los tribunales constitucionales– a partir de los (célebres) planteamientos formulados en su momento por Kelsen y Montesquieu. Con respecto a Kelsen, esta fue el más relevante propulsor de los tribunales constitucionales como órganos exclusivamente jurisdiccionales, y en absoluto políticos.

Esta posición de Hans Kelsen se entiende mejor a la luz del conocido que sostuvo con Carl Schmitt, ocurrido en los años veinte del siglo pasado, sobre quién debe ser el guardián de la Constitución. Al respecto, y a diferencia de Kelsen, Schmitt planteaba que la custodia de la Constitución debería recaer en un órgano político como el "jefe del Estado" –el Presidente del *Reich*, diferente al "jefe de gobierno" o Canciller– quien, desde una posición "neutral, mediadora, reguladora y tutelar", basada en su *auctoritas* y no en su *potestas*, sería el mejor guardián de la Constitución. A decir del jurista alemán, dicha función de *povoir neutre*, de "poder mediador", solo se activaría excepcionalmente y debería ser ejercida de manera cauta y prudente, sin que deba expandirse innecesariamente compitiendo con los demás poderes (Schmitt 2009, sobre todo: 274-248)

Como es conocido, este debate lo ganó finalmente Kelsen, por lo que en la mayoría de países europeos de erigieron tribunales constitucionales con base en sus planteamientos, es decir, entendidos como órganos jurisdiccionales, encargados de realizar el control normativo de constitucionalidad. Sin embargo, es fácilmente reconocible que los tribunales constitucionales, no solo en Europa, se han aproximado mucho a la visión que formuló Schmitt sobre el custodio de la Constitución: en efecto, a los tribunales se les concibe como poderes moderadores, mediadores, encargados de apaciguar las controversias más peliagudas de una comunidad política, e incluso de unir lo disperso en el marco de los valores constitucionales (se habla así de la "unidad en la Constitución", de la "integración constitucional", del "patriotismo constitucional", etc.)

En similar sentido, puede afirmarse que las cortes constitucionales exceden a la lógica de "tres poderes" tal cual fue enunciada por Montesquieu, conforme a la cual los jueces aparecían como seres inanimados, que solo reproducen las palabras que contiene la ley (Montesquieu 1845: 197). Y es que admitir la existencia de órganos como los tribunales constitucionales, encargados de revisar la validez de la legislación, implica en cierta forma

“renegar de Montesquieu” (Cappelletti 1986). Es más, en relación con lo que pueden hacer los tribunales constitucionales al realizar el control de constitucionalidad –o mejor expresado: con lo que *de facto* hacen–, queda del todo claro que han excedido lo ideado por Kelsen o lo recomendado por Montesquieu: las cortes constitucionales van más allá de del texto de la ley, no se encuentran del todo subordinadas a los elementos “autoritativos” del Derecho[4] (véase, por ejemplo, la monumentales obras de López Boffil 2007 y Aja 1998).

Ahora bien, como ha sido tantas veces dicho, esto parece ser consecuencia inevitable de que la Constitución no sea una norma más, sino que tiene un peculiar contenido axiológico y político, el cual hace más claro que el Derecho no es solo un asunto de reglas. Más aun, debido a este contenido especial, finalmente termina llegando a manos de los tribunales constitucionales todas las “papas calientes” de la comunidad política, las cuales muchas veces han sido generadas por los propios poderes políticos, o se trata de cuestiones que estos no han llegado a atender.

En sentido, puede afirmarse además que los tribunales constitucionales son también actores políticos, empero no en los mismos términos que los clásicos poderes políticos, sino en la medida que les toca pronunciarse sobre cuestiones que son esencialmente *res publica* (Zagreblesky 2007: 506 y ss; Häberle 2004: 11). En ese marco, además, y como hemos explicado en otras ocasiones, queda de manifiesto que las cortes constitucionales tienen algunas funciones específicas de carácter social y político, como es el caso de las funciones *republicana* (de conducción e integración), *reconciliadora*, *moderadora*, de *reconocimiento* e *inclusión*, y *racionalizadora* (Sosa 2017). Si bien no es ocasión para abundar en ello, debemos precisar que es en este marco que debe analizarse o evaluarse lo relacionado con el activismo judicial.

En todo caso, estos roles especiales que les toca cumplir no les hace inmunes a las críticas por los eventuales excesos que puedan incurrir. Frente a ello, y como pasaremos a explicar, consideramos que una forma de enfrentar las principales críticas es a través de buscar una cierta legitimación democrática, atendiendo siempre a que, pese a su carácter político, se sigue tratando de órganos judiciales. Siendo así, consideramos que esta legitimación democrática puede ser considerada como un criterio de corrección adicional a los ya

[4] La dimensión autoritativa del Derecho, en parte como herencia de Montesquieu, y del racionalismo moderno desde una perspectiva más amplia, suele remitir básicamente al Derecho legislado, y de modo más específico al Derecho que proviene de las asambleas legislativas representativas (parlamentos, congresos, cortes generales, etc.).

existentes, vinculados a la teoría de la interpretación y argumentación jurídica. Este, adelantamos, puede formularse de la siguiente forma: "cuando más complejo sea el caso por resolver, y cuando más riesgo existe en poner en cuestión/ socavar la dimensión autoritativa del Derecho, más esfuerzos debe hacer la corte constitucional por legitimar su decisión".

II. La legitimación democrática como criterio de corrección de las decisiones de los tribunales constitucionales en casos complejos

Si bien no existe unanimidad sobre aquello que finalmente puede ser considerado como "activismo judicial", hemos señalado antes que (Sosa 2017), siguiendo un poco la noción de "constitucionalismo fuerte" (Tushnet 2013), es posible afirmar en términos generales que los jueces activistas tienden a: (1) dictar decisiones obligatorias-directivas; (2) dictar decisiones en cierta medida invasivas de competencias ajenas (o incluso a atribuirse nuevas competencias); (3) ser creativos en sus respuestas e innovar en el ordenamiento jurídico; (4) dictar decisiones con alcances generales e incluso estructurales; y (5) tener la última palabra en materia de interpretación constitucional.

Ahora, generalmente, el activismo no se manifiesta frente a casos fáciles o rutinarios, sino más bien frente a casos complejos, que pueden serlo por diferentes motivos: por tratarse, por ejemplo, de casos "difíciles" o "trágicos" (que requieren evaluar la corrección desde el razonamiento práctico o moral); de casos en los cuales, para resolver correctamente, el Derecho positivo resulta insuficiente (por lo que los jueces deben "crear" derechos o instituciones procesales *ex nihilo*), de casos que requieren una respuesta más allá del litigio individual (siendo necesario, por ejemplo, emitir sentencias de carácter "estructural") o de casos en los que resulta necesario morigerar la decisión a tomar en atención a las consecuencias (v. gr. políticas, económicas) del fallo, entre otras posibilidades. Es más, trayendo a colación lo hemos mencionado antes, los supuestos de activismo judicial generalmente es encontrarán vinculados a los peculiares roles sociales y políticos que vienen cumpliendo los tribunales constitucionales.

Ahora, como adelantamos, el activismo judicial es criticado desde las teorías de la interpretación y argumentación jurídicas, básicamente a partir de los criterios de corrección de las decisiones judiciales que ellas establecen. Sin embargo, y con base en lo anotado, consideramos que adicionalmente es necesario tomar en cuenta otros elementos de

corrección, relacionados más bien con la teoría de la democracia. Esto se explica en la medida de que, como fue explicado, los tribunales cumplen funciones políticas ineludibles y, a la vez, las principales críticas contra el activismo judicial están relacionadas con el déficit de legitimidad democrática de las cortes constitucionales frente a las autoridades políticas.

A esto, de algún modo, se refería por ejemplo Aarnio al referirse a la aceptabilidad en vez de la corrección (Aarnio 1991), o Alexy cuando, además de aludir a los "principios formales", viene haciendo esfuerzos por explicar su idea de "representación argumentativa" (Alexy 2015).

Esto, que consideramos atendible con respecto a los jueces del Norte Global (Europa y Estados Unidos, por ejemplo), plantea retos distintos para el caso de los jueces del Sur Global (América Latina, por ejemplo). En los países latinoamericanos la judicatura no es vista solo como un freno o contrapeso efectivo para los poderes políticos, en nuestros contextos las cortes constitucionales se encargan además de hacer cumplir la Constitución frente a las omisiones o la desidia del Estado.

En efecto, las cortes constitucionales se encargan de hacer normativa a la Constitución, y se enfrentan tanto a la inacción de los poderes públicos como a la presión de los poderes privados; empezando muchas veces por lo más básico en materia de derechos y satisfacción de necesidades humanas.

Pero lo anterior ciertamente no evita que existan riesgos y peligros (los cuales hemos visto muy de cerca en la región). Los tribunales constitucionales muchas veces han incurrido en excesos. Estos se han sobregirado en su "crédito" o "cuenta corriente de legitimación", en feliz expresión de Jürgen Habermas[5] (1998: 353). Siendo así, vale la pena explorar aquellos mecanismos a través de los cuales las cortes constitucionales respaldan o incluso amplían su "cuenta corriente" de legitimidad[6].

---

[5] Si bien Habermas parte de una perspectiva de los tribunales constitucionales básicamente como guardianes de los procesos democráticos, la idea de "cuenta corriente de legitimación" expresa bien lo que vemos explicando.

[6] Además de esta legitimación, la apertura democrática por parte de las cortes constitucionales también puede tomarse en cuenta como criterio de corrección de sus decisiones, especialmente en casos complejos, en la medida que ayuda (1) a su mayor aceptabilidad (pues se habría escuchado a las voces relevantes y su participación en cierta medida legitima el proceso decisorio), (2) a su mayor eficacia (pues esta se ha decidido considerando la opinión de los involucrados, e incluso en el proceso de conformación de la decisión puede comprometerse a las partes al cumplimiento de lo que se va a decidir) y (3) a su

III. Medios o estrategias de legitimación, en especial, a partir del modelo de "justicia dialógica"

Existen diversos medios a través de los cuáles las cortes constitucionales procuran, en el plano de los hechos, su legitimación. Estos mecanismos se encuentran relacionados con el rol social y político de los tribunales, aunque sin perder de vista que son órganos que tienen también un carácter jurisdiccional.

Como ya fue adelantado, el marco del que vamos a partir es el de la llamada democracia deliberativa y el de la justicia dialógica. Siendo, no vamos a aludir a formas de legitimación propias de otras versiones de democracia, como son la "mayoritaria" o la "agonal" (Schumpeter 1996: 343 y ss., Mouffe 1999: 11 y ss.), relacionadas sobre todo con las elecciones populares o con la representación de intereses particulares.

Más bien nos vamos a referir a formas de legitimación relacionadas con la intervención de los tribunales constitucionales como promotores de un diálogo público robusto, abierto e inclusivo; con la generación de espacios de participación que permitan enriquecer el proceso de toma de decisiones; o con la generación de espacios o mecanismos que muestren cierta deferencia hacia aquellos actores políticos o institucionales más directamente vinculados con la decisión que desprenderse del caso.

1. La visibilización de los problemas

Una primera forma de legitimación encaminada a reforzar la *auctoritas* de las cortes constitucionales alude a la posibilidad de que los tribunales constitucionales pongan en la agenda pública asuntos que inicialmente se encontraban excluidos del debate colectivo o eran poco atendidos.

En estos casos –como se ha sostenido respecto a los medios de comunicación masiva, en relación con su público (McCombs 2006)– los tribunales constitucionales pueden cumplir un rol de *agenda setting*, en la medida que tienen la capacidad de posicionar o fijar algunos

---

mayor corrección epistémica (pues contar con un mayor número de participantes en la deliberación, más todavía si intervienen quienes mejor conocen la materia que se discute, ayuda a evitar los sesgos o errores de todo tipo).

asuntos en la agenda pública y política, aquella que podría ocupar a la sociedad y a los actores políticos e institucionales.

Ahora bien, esta posibilidad de que los tribunales puedan poner en vitrina algunos temas relevantes no significa que vayan a determinar el sentido o el resultado último del debate público. En efecto, debe resaltarse que cuando las cortes constitucionales colocan un tema en agenda pública no están apropiándose de la "última palabra" en torno al tema, sino más bien están tomando la iniciativa con una "primera palabra", a partir de la cual podría iniciarse un debate colectivo.

Ciertamente, agendar temas relevantes puede ser considerado como una expresión de la función "republicana" o "de conducción" de los tribunales constitucionales, pues implica cierto liderazgo en la afirmación de bienes o valores constitucionales que no habían merecido mayor atención, o también poner en evidencia la existencia de deberes incumplidos por parte de algunos actores públicos o privados.

Un ejemplo que cabe mencionar aquí, y que puede considerarse como sintomático del activismo judicial, es el de la emisión de sentencias de carácter estructural en relación con las condiciones carcerlarias. Al respecto, es evidente que la terrible situación en la que supervive la población penitenciaria no suele concitar la atención de los actores políticos: proponer mejoras en las condiciones en las que viven los reos es una cuestión impopular, más todavía en contextos en los que se encuentra difundido o arraigado el populismo penal.

Sin embargo, en varios países las cortes constitucionales han puesto en la palestra e impulsado la problemática de las condiciones carcelarias. Este es el caso, por ejemplo, de algunos países iberoamericanos, tales como Argentina mediante su Corte Suprema, al emitir una sentencia estructural referida a las condiciones de los reos con prisión preventiva policial (en el famoso caso Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus, sentencia del 3 de mayo de 2005); Colombia y la declaración por parte de la Corte Constitucional de "estados de cosas inconstitucionales" referidos a las pésimas condiciones carcelarias (como se aprecia de las sentencias T-388 del 28 de junio de 2013, T-762 del 16 de diciembre de 2015, o T-153 del 28 de abril de 1998), de Brasil a través del "estado de cosas inconstitucionales" establecido por el Tribunal Supremo Federal (mediante resolución recaída en la *arguição de descumprimento de preceito fundamental* (ADPF) n.º 347, el 9 de setiembre de 2015), pero también atendiendo a la especial preocupación de este Tribunal tras los motines en los

penales de Manaos, Roraima y Río Grande del Norte a inicios de 2017 (contexto en el que se emite la sentencia que establece una indemnización para un reo que se encontraba en condiciones degradantes, en el recurso extraordinario n.º 5580.252, 16 de febrero de 2017); o la reciente sentencia que ordena la variación de las prisión provisionales por domiciliaria de miles de mujeres embarazadas o que sean madres de niños de hasta 12 años de edad (proceso de hábeas corpus n.º 143641, 20 de febrero de 2018).

2. El castigo de la ausencia o déficit de diálogo público o institucional

Otro ámbito en los que, sobre la base de un modelo deliberativo de democracia, las cortes constitucionales pueden adquirir cierta legitimación democrática, es a través de exigir la existencia de real diálogo o deliberación, tanto al interior de los órganos deliberativos correspondientes, como por consultar la medida estatal a tomarse con las personas en quienes va a recaer la medida.

Con ello, algunas cortes latinoamericanas han asumido competencia para declarar la inconstitucionalidad de normas legales, debido ya no solo a vicios formales (es decir, porque se ha infringido procedimientos o competencias constitucionalmente dispuestas) o por vicios sustantivos (esto es, por trasgredir bienes materialmente constitucionales) como es aceptado generalmente por el constitucionalismo estándar, sino específicamente por la ausencia o el déficit de deliberación pública o institucional.

Si bien se trata de una cuestión aun incipiente, ya existen algunos ejemplos en la región que vale la pena tomar en cuenta. Tenemos por ejemplo el caso de Colombia, cuya Corte Constitucional viene exigiendo, a través de su jurisprudencia reiterada, que se respete "los procedimientos constitucionales y legales en la conformación de la voluntad mayoritaria, tanto respecto de leyes como de actos legislativos (reformas a la Constitución)" en salvaguarda a la deliberación parlamentaria, es decir, los mecanismos que aseguran la participación efectiva de los congresistas en los debates (que se haya apertura formal de la deliberación, que no se niegue arbitrariamente el uso de la palabra a los congresistas, que no hayan diferencias radicales entre el proyecto que fue presentado y el proyecto a discutir, etc.), así como los principios relacionados con el ideal deliberativo (v. gr. publicidad del proyecto, periodo razonable entre debates, ausencia de discriminación de minorías políticas o de la oposición, etc.) (cfr. García 2016; Otálora 2013). La Corte Constitucional colombiana tiene variada jurisprudencia al respecto (entre muchas, cfr. la C-222 de 1997;

C-816 de 2004; C-40 de 2010), en las que reivindica claramente un modelo deliberativo de democracia (García 2016: 178-179).

Otro caso que puede mencionarse es el Argentina, que con ocasión de resolver un caso en el que se cuestionaba el aumento de las tarifas del gas (conocido como del "Tarifazo") la Corte Suprema argentina declaró la inconstitucionalidad de una resolución ministerial que contenía el nuevo cuadro tarifario, debido a que no fue consultada con la población que se vería directamente afectada (Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros - CEPIS y otros c. Ministerio de Energia y Mineria, de 18 de agosto de 2016) (cfr. Piana y Córdoba 2016). Si bien esta sentencia –a diferencia de lo que ocurre en Colombia– no constituye un estándar arraigado o que necesariamente pueda ser leído en clave deliberativa, sin duda constituye una alternativa legítima y legitimadora. Se ha destacado, en este sentido, "las importantes consideraciones que hace la Corte en relación con el valor de la discusión colectiva", que "resultan música para los oídos de quienes defendemos un ideal deliberativo de la democracia" (Gargarella 2016), ello principalmente porque la Corte Suprema parte de una visión sustantiva, y no meramente formal, de las audiencias públicas como mecanismos de consulta.

Puede hacerse referencia asimismo al "derecho a la consulta previa", cuya titularidad recae en los pueblos originarios de nuestra región, y que son tutelados a través de la judicatura constitucional. Este derecho implica, precisamente, que antes de que se concrete cualquier proyectos de envergadura (como es típicamente el caso de proyectos extractivos, energéticos, viales, hídricos, etc.), que incidan en la vida de las comunidades originarias, estos deberían ser objeto una "consulta previa, libre e informada", con la finalidad de que las comunidades muestren (o no) su asentimiento. Las cortes constitucionales han declarado nulos diversos proyectos que fueron concretados sin que se haya realizado esta "consulta previa".

3. La inclusión de actores y voces en la deliberación del caso

Un ejemplo ampliamente conocido y vinculado con la legitimación de los tribunales se refiere a la posible inclusión en el proceso encaminado a la toma de decisiones, tanto de los actores directamente involucrados o afectados con el problema que se debe resolver, como de técnicos que puedan ofrecer sus consideraciones especializadas para tomar una mejor decisión.

A través de estas formas de intervención las cortes se aproximan al ideal participativo vinculado a la democracia deliberativa, lo cual abona tanto a la *legitimación* como a la *corrección* de lo resuelto. En cuanto a la *legitimación*, se trata de "un factor de legitimación social", en la medida que viabiliza "la posibilidad de participación formal de entidades y de instituciones que efectivamente representan los intereses generales de la colectividad y expresan los valores esenciales y relevantes de grupos, clases y estratos sociales" (Hennig 2010: 300)[7]; y en cuanto a la *corrección*, como indicamos antes, la participación de una pluralidad de actores, coadyuva a su mayor aceptabilidad, a su mayor eficacia y a su mayor corrección epistémica.

Esta forma de legitimación puede lograrse a través, por ejemplo, de la convocatoria a audiencias públicas participativas para casos complejos (como ocurre por ejemplo en Colombia, Brasil, Argentina o Chile), de la celebración de audiencias y visitas in loco o descentralizadas (como hacen por ejemplo la Corte Constitucional colombiana, el Tribunal Constitucional peruano y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), de admitir o promover la participación de *amicus curiae* (lo cual es posible en varios países de la región como Argentina, Brasil, Colombia y Perú, e incluso en la Corte Interamericana de Derechos Humanos) o también otras formas de intervención que favorecen la participación.

4. La publicidad de las audiencias o las deliberaciones

En muchos casos, el acceso a la deliberación que ocurre dentro de las Cortes –por ejemplo en el ámbito europeo y estadounidense– es muy restringido, e incluso casi secreto[8]. Muchas veces no son públicas ni las audiencias en las que las partes brindan sus alegatos, y menos aun las sesiones en las que los magistrados deliberan o votan las causas judiciales que conocen.

[7] Se ha dicho que el Tribunal Constitucional en cuanto "tribunal social", es decir, abierto a diversos participantes en materia de interpretación constitucional (Häberle 2016: 144-145), "'penetra' (…) en el ámbito de la sociedad, asume ideas e interés de ese ámbito, los 'oye' y los transforma por medio de su interpretación constitucional abierta" (Häberle 2005). En similar sentido: "El 'pueblo' no es solamente una magnitud uniforme que (solamente) 'emana' el día de las elecciones, las cuales transmiten legitimación democrática como tales. En tanto magnitud pluralista, el pueblo no se encuentra menos presente ni es menos legitimador en las interpretaciones del proceso constitucional: 'como' partido político, opinión científica, grupo de interés, o bien, como ciudadanos..." (Häberle 2016: 150)

[8] Un caso extremo es el de Italia, donde los jueces de la *Corte Costituzionale*, con la finalidad de evitar que se conozca las eventuales discrepancias o las diferencias entre las posiciones dentro del colegiado, tienen prohibido emitir votos particulares (cfr. Zagrebelsky 2008).

Sin embargo, en varios países de la región dicha práctica está cambiando hacia un modelo más abierto y transparente, que permite conocer directamente los argumentos que brindan las partes en los litigios constitucionales, las preguntas o consideraciones que plantean los jueces en las audiencias, e incluso las posiciones de los magistrados así como los debates que ocurren al momento de deliberar un caso.

La "máxima publicidad de las audiencias públicas" se da, por ejemplo, en el Tribunal Constitucional peruano. Allí las audiencias en las que las partes del caso presentan sus informes orales no solo son públicas en el sentido de que cualquier persona puede asistir a dichas sesiones, sino incluso estas son transmitidas en vivo a través de Internet (<https://www.tc.gob.pe/tc/public/audiencia/envivo/transmision>) y los videos de todas estas audiencias son alojados en la página web de la institución, por lo que quedan a disposición de toda la ciudadanía (<https://www.tc.gob.pe/tc/public/audiencia/filmacion/ultimo>).

Por otra parte, un caso emblemático sobre la "máxima publicidad de las deliberaciones" se da en Brasil. Allí existe un canal judicial, "TV Justiça", a través del cual puede seguirse en vivo las deliberaciones que ocurren en el seno del Supremo Tribunal Federal de Justicia, que ciertamente tiene funciones de corte constitucional. Esta gran e inédita apertura, si bien es una muestra evidente de transparencia que tiende a la legitimación de las decisiones, presenta además muchos retos y dificultades, como ha sido recientemente estudiado y problematizado (Rufino Do Vale 2017).

Bibliografía

- AARNIO, Aulis (1991) Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- AJA, Eliseo (editor) (1998) *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Ariel, Barcelona.
- ALEXY, Robert (2015) "Control judicial de constitucionalidad como representación argumentativa". En: *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales*. Jorge Luis Fabra Zamora y Leonardo García Jaramillo (Coordinadores), IIJ-UNAM, México D.F.

- ATIENZA, Manuel (2005) “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”. En: *Interpretación constitucional*. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinación), Porrúa, México.
- ATIENZA, Manuel (2011) “Dos versiones del constitucionalismo”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N.º 34
- ATIENZA, Manuel (2013) *Curso de Argumentación jurídica*. Trotta, Madrid
- BOHMAN, James (2016) “La madurez de la democracia deliberativa”. En: *Coherencia*. Vol. 13, n.° 24, Medellín, enero-junio.
- CAPPELLETTI, Mauro (1986) “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la ‘justicia constitucional’”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 6, Nº 17, mayo-agosto.
- COHEN, Joshua (1996) “Procedure and Substance in Deliberative Democracy”. En: *Democracy and difference. Contesting the boundaries of the political*. Seyla Benhabib (Editora), Princeton University Press, New Jersey.
- GARGARELLA, Roberto (2016) “La Corte juega el juego del equilibrio”. En: *La Nación* (Diario). 23 de agosto de 2016. Disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/1930582-la-corte-juega-el-juego-del-equilibrio>
- HÄBERLE, Peter (2004) “El Tribunal Constitucional como poder político”. En: *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época). N.° 125, julio-septiembre.
- HÄBERLE, Peter (2016) *El Estado Constitucional*. UNAM, Ciudad de México.
- HABERMAS, Jürgen (1998) *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trotta, Madrid.
- HENNIG, Mônia Clarissa (2010) “La noción de constitución abierta de Peter Häberle como fundamento de una jurisdicción constitucional abierta y como presupuesto para la intervención del amicus curiae en el Derecho brasileño”. En: *Estudios Constitucionales*, Año 8, Nº 1, Universidad de Talca, Talca.
- KELSEN, Hans y SCHMITT, Carl (2009) *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional:* El defensor de la Constitución *versus* ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? Tecnos, Madrid.
- LINARES, Sebastián (2015) “El control de constitucionalidad: La democracia deliberativa epistémica y la dificultad contramayoritaria”. En: *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. Jorge Luis Fabra Zamora y Ezequiel Spector (editores), Volumen tres, UNAM-IIJ, México D.F.
- LÓPEZ BOFILL, Héctor (2017) *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*. Porrúa, Ciudad de México.

- MARTÍ, José Luis (2006) *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*. Marcial Pons, Madrid.
- MARTÍ, José Luis (2011) "La paradoja de las precondiciones de la democracia deliberativa en Nino". En: AA. VV. *La democracia deliberativa a debate*. Leonardo García Jaramillo (Coordinador). Cuadernos de Investigación, Documento n.º 85, Universidad EAFIT, Medellín.
- MCCOMBS, Maxwell (2006) *Estableciendo la agenda: el impacto de los medios en la opinión pública y en el conocimiento*. Paidós, Barcelona.
- MONTEQUIEU (1845) *Espíritu de las leyes*. Biblioteca ausiliar del jurisconsulto y publicista, Imprenta de Don Marcos Bueno, Madrid.
- MOUFFE, Chantal (1999) *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*. Paidós, Barcelona.
- PIANA, Ricardo Sebastián y CÓRDOBA, Gabriela (2016) "Democracia representativa y democracia deliberativa. Un análisis teórico a partir del proceso de reestructuración de las tarifas de gas en Argentina". En: *Revista de Derecho*. N.° 21, Universidad Centroamericana, Managua.
- RUFINO DO VALE, André (2017) La deliberación en los Tribunales Constitucionales. Un estudio empírico de las prácticas deliberativas del Tribunal Constitucional de España y del Supremo Tribunal Federal de Brasil. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- SCHUMPETER, Joseph (1996) *Capitalismo, socialismo y democracia*. Tomo II. Folio, Barcelona
- SOSA, Juan Manuel (2017) "Los derechos sociales, su exigibilidad y el activismo judicial dialógico como modelo a seguir". En: *Igualdad, derechos sociales y control de políticas públicas en la jurisprudencia constitucional.* Juan Manuel Sosa (coordinador), Palestra, Lima.
- TUSHNET, Mark (2013) *Constitucionalismo y* Judicial Review. Palestra, Lima.
- WALDRON (2005) *Derecho y desacuerdo*. Marcial Pons, Madrid.
- ZAGREBELSKY, Gustavo (2007) "Jueces constitucionales". En: *Pensamiento Constitucional*. Vol. 12, N.º 12, Lima.
- ZAGREBELSKY, Gustavo (2008) *Principios y votos: el Tribunal Constitucional y la política*. Trotta, Madrid.