

JUSTICIA CONSTITUCIONAL DIALÓGICA: ALGUNOS MECANISMOS O ESTRATEGIAS QUE FAVORECEN LA LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES¹

Juan Manuel Sosa Sacio
Departamento Académico de Derecho PUCP*

Categoría profesores

A partir de una concepción dialógica de la justicia constitucional (conforme a la cual los tribunales o cortes constitucionales promueven el debate colectivo de las cuestiones de interés público, de manera abierta, plural e incluyente) y a la vez crítica del «activismo judicial clásico» (según el cual los jueces detentan la última palabra en materia de interpretación constitucional, imponiendo sus respuestas a los actores políticos o sociales de manera vertical o «monológica»), en el presente trabajo se exploran y presentan algunos mecanismos o estrategias que, en la práctica, vienen utilizando diversas cortes constitucionales para dotar de una mayor legitimación democrática a sus decisiones, en especial al resolver casos complejos, en los cuales suele afirmarse que los jueces actúan de manera activista. En este sentido, se defiende aquí un modelo de «activismo judicial dialógico».

I. Introducción

En este trabajo vamos a referirnos a algunos mecanismos o estrategias que, en la práctica, vienen utilizando diversos tribunales o cortes constitucionales al resolver casos complejos. Conforme explicaremos, el uso de estos mecanismos coadyuva a las cortes constitucionales a otorgarle una mayor legitimación a sus decisiones, si bien no han surgido necesariamente con dicho propósito. En nuestro caso, valoramos positivamente el uso de este tipo de estrategias de legitimación, en especial frente a casos en los que se acusa a los tribunales de incurrir en activismo judicial.

A efectos de exponer ello, se partirá de la idea de que las cortes o tribunales constitucionales² cumplen algunos roles que pueden considerarse como políticos, sobre todo frente a

1 Este artículo ha sido elaborado a partir de la ponencia presentada en el II Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino, realizado entre los días 11, 12 y 13 de julio de 2018 en la ciudad de Río de Janeiro (Sosa, 2018).

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante (España) y magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de pregrado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Universidad del Pacífico, y de posgrado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de Constitucionalismo Crítico.

2 A efectos de este texto, se entenderá por «tribunales constitucionales» o «cortes constitucionales» tanto a los órganos *ad hoc* que ejercen el llamado control concentrado de constitucionalidad, como también a las cortes

casos complejos³, por lo cual, en algunas ocasiones, esto implica que deban tomar decisiones que podrían calificarse como «activistas»⁴.

Ahora bien, este activismo judicial (sin dejar de reconocer que su uso puede acarrear algunos excesos) en no pocos casos resulta perfectamente compatible con el encargo que, en los hechos, han recibido los tribunales constitucionales. Esto resulta especialmente claro en el marco del modelo «fuerte» de control constitucional, en el cual los tribunales detentan la «última palabra», al ser el «órgano de cierre» en materia de interpretación constitucional (Tushnet, 2013, pp. 103 y 109). A este modelo «fuerte» de control, valga precisar, es al cual se adscribe la mayoría de cortes o tribunales constitucionales que son considerados como referenciales o emblemáticas en nuestro medio (como son, por ejemplo, los casos de Alemania, Estados Unidos, Italia, Colombia, etc.).

Por otra parte, el referido activismo judicial es criticado desde diferentes flancos. Así, por ejemplo, quienes defienden un modelo «débil» de control constitucional critican la insuficiente legitimidad democrática de los tribunales constitucionales y señalan que estos son una manifestación de «elitismo judicial», poco respetuosa del principio de igual valor y respeto de las personas (Waldron, 1999/2005). 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 de arbitrariedad judicial (Atienza, 2011, p. 80; Atienza, 2013, pp. 153-154).

En este trabajo se explicará 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 las críticas planteadas⁵. Según se señalará, además, los tribunales constitucionales en la práctica suelen emplear medios o estrategias de legitimación democrática, los cuales precisamente —y sobre la base de lecturas deliberativas o dialógicas de democracia⁶— ayudan a levantar los principales cuestionamientos formulados contra las cortes «activistas», sobre todo aquellos vinculados con la falta de legitimidad democrática de los tribunales o con la alegada displicencia de estos frente a la «dimensión autoritativa» del derecho.

En este sentido, se partirá entonces de una concepción dialógica de la justicia constitucional (o de «justicia dialógica»), conforme a la cual los tribunales o cortes constitucionales promueven el debate colectivo de las cuestiones de interés público, de manera abierta, plural e

supremas, o a las salas especializadas dentro de ellas, que materialmente realizan funciones de cortes constitucionales —al resolver controversias complejas, de relevancia social y política, vinculadas con una cuestión constitucional—.

- 3 Como se explicará mejor luego, por casos complejos se hará referencia a los llamados «casos difíciles» y a los «trágicos» (Atienza, 2005, p. 123) —básicamente en los términos planteados por las teorías de la interpretación y argumentación jurídicas—, pero también a los casos con relevancia social y política, para los cuales el derecho positivo o las herramientas procesales disponibles muchas veces son insuficientes.
- 4 Existe abundante literatura sobre el denominado «activismo judicial». Para quienes desean aproximarse inicialmente a este tema, son recomendables los recientes textos de Atienza (2019) y García Jaramillo (2019).
- 5 La teoría de la democracia, por cierto, había sido permanente objeto de interés para el derecho constitucional —incluso en nuestro país (véase Landa, 1994)—; sin embargo, paulatinamente fue dejada de lado y se dio prioridad a los estudios dogmáticos. Recientemente su importancia ha resurgido, lo cual se manifiesta, por ejemplo, en el auge de importantes estudios sobre la democracia deliberativa, el populismo, la autoridad legítima, los límites a la reforma constitucional, el constitucionalismo abusivo, etc.
- 6 Véanse Linares (2015), Martí (2006), Martí (2011), y García Jaramillo (2015).

incluyente. Se trata de una visión que, valga precisarlo, cuestiona al «activismo judicial clásico» —vinculado con el modelo «fuerte» de control constitucional—, critica que los jueces detentan la última palabra en materia de interpretación constitucional, imponiendo sus respuestas de manera vertical o «monológica», y apuesta más bien por lo que puede denominarse como un «activismo judicial dialógico» (Tushnet, 2013).

Si bien a lo largo de este texto se referirá 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, su principal foco de atención será la descripción de algunos medios o estrategias legitimadoras que ya vienen usando algunas cortes constitucionales, principalmente en el ámbito latinoamericano, esto en el marco de una concepción dialógica de la justicia constitucional.

2. Los tribunales constitucionales como actores políticos y sociales

En el ámbito latinoamericano se insiste mucho en entender a la judicatura —incluyendo a los tribunales constitucionales— a partir de los célebres planteamientos formulados en su momento por Kelsen y Montesquieu. Con respecto a Kelsen, como se sabe, se trató del más relevante propulsor de los tribunales constitucionales como órganos con fisonomía jurisdiccional.

Ciertamente, la posición de Hans Kelsen se entiende mejor a la luz del conocido debate que sostuvo con Carl Schmitt, ocurrido en los años veinte del siglo pasado, sobre quién debe ser el guardián de la constitución. Al respecto, 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 constitución⁷. A decir del jurista alemán, dicha función de *pouvoir neutre*, de «poder mediador», tan 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: pp. 247-248). En suma, mientras que para Kelsen el tribunal constitucional debería ser un órgano jurisdiccional, dotado de independencia judicial (Kelsen, 2009, p. 308), para Schmitt debería ser un órgano que encarne la unidad política del pueblo (Schmitt, 2009, p. 246).

Como es conocido, este debate lo ganó finalmente Kelsen, y por ello en la mayoría de países europeos se erigieron tribunales constitucionales con base en sus planteamientos, es decir, entendidos como órganos de talante jurisdiccional, encargados de realizar el control normativo de constitucionalidad. No obstante ello, puede reconocerse con facilidad que los tribunales constitucionales —y no solo en Europa— se han aproximado mucho a la visión que había formulado Schmitt sobre el custodio de la constitución: en efecto, a estas cortes se las 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 (en este sentido, contemporáneamente se habla, por ejemplo, de la «unidad en la constitución», de la «integración constitucional», del «patriotismo constitucional», de la constitución como «orden de valores», etc.). De manera similar a lo que sostuvo

⁷ Para Schmitt, el presidente del *Reich* —que era elegido por «el pueblo alemán entero»— encarnaba la unidad política del pueblo, y sobre esa base entendía que la Constitución de Weimar favorecería que este haga las veces de «defensor y guardián de la unidad constitucional y de la integridad de la nación» (Schmitt, 2009, pp. 286-287).

Schmitt, los tribunales constitucionales se han constituido en especies de poderes «neutros» y «medidores», función que, en su momento, este autor le asignó al *Hüter des Verfassung*, al guardián o defensor de la constitución.

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 tan solo reproducen mecánicamente las palabras que contiene la ley (Montesquieu, 1748/1845, p. 197). Al respecto, sucede que, en efecto, admitir la existencia de órganos como los tribunales constitucionales, encargados no de replicar, sino 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 muy claro que estos han excedido lo ideado por Kelsen o lo recomendado por Montesquieu: las cortes constitucionales no pocas veces van más allá del texto de la ley, en otras palabras, no se encuentran del todo subordinadas a los elementos «autoritativos» del derecho⁸ [y diversos ejemplos de esto pueden encontrarse, entre otras, en las monumentales obras de López Bofill (2017), Ahumada (2005) y Aja (1998)].

Ahora, como ha sido tantas veces dicho, esta inédita labor de los jueces constitucionales parece ser una consecuencia inevitable de que la constitución no sea una disposición jurídica más, sino que tiene un peculiar contenido axiológico y político. Esta singularidad de la constitución hace más claro que el derecho no es solo un asunto de reglas, las cuales tendencialmente se aplicarían de manera sencilla o mecánica; por el contrario, su interpretación y uso implica ejercer cierto margen de discrecionalidad o creatividad por parte de los jueces⁹. Asimismo, el contenido especial de las constituciones «rematerializadas» (Cruz, 2009, pp. 27-31; Prieto Sanchís, 2003, pp. 113-116) favorece a que, finalmente, termine llegando a las manos de los tribunales constitucionales todas las «papas calientes» que existen en una comunidad política (como pueden ser, por decir, asuntos tales como la discriminación racial, el aborto o la eutanasia, el matrimonio igualitario, las condiciones carcelarias, la contaminación ambiental, amnistías políticas, entre tantos otros), «papas» que los propios poderes políticos no llegaron a atender antes, o que incluso han generado ellos mismos.

En el sentido expuesto, y un poco «renegando de Kelsen», puede afirmarse que los tribunales constitucionales son inevitablemente actores políticos, aunque, desde luego, no en los mismos términos que los clásicos poderes estatales o los partidos políticos, sino en la medida

8 Valga precisar que las referencias a la «dimensión autoritativa del derecho» suelen remitir al derecho legislado o escrito, y de modo más específico al derecho que proviene de las asambleas legislativas representativas (parlamentos, congresos, cortes generales, etc.). En general, desde la dogmática y teoría del derecho suele concebirse a este ámbito como un marco o límite para los jueces, lo cual parece ser una herencia de la postura tripartita sobre el poder, así como de los postulados del llamado «constitucionalismo legalista» (bajo este marco, se pone en duda entonces que la jurisprudencia sea una genuina fuente del derecho, o que los jueces puedan innovar en el ordenamiento jurídico. Un ejemplo extremo de esto lo encontramos en Böckenforde 2000, pp. 38 y 63). Lo anterior presupone, desde luego, una visión específica —aunque no la única posible— sobre lo que es el derecho y sobre cuáles son las fuentes legítimas del ordenamiento jurídico.

9 Empero, la sola consideración del carácter político o abierto de la constitución no permite ver con claridad el conjunto de funciones sociales y políticas encomendadas a los tribunales constitucionales. Así, por ejemplo, y presuponiendo lo anterior, a los tribunales se le atribuía un rol básicamente interpretativo, orientado a un mero control de compatibilidad con la constitución, con una tendencia a la autolimitación frente a los poderes políticos (véase Schneider; 1982). En similar sentido, ante la idea de «creación judicial», se enfatizan las cuestiones dogmáticas e interpretativas, antes que discutir en torno al rol de los tribunales (véase Müller; 2012).

que les toca pronunciarse sobre cuestiones que son esencialmente *res publica* (Zagrebel'sky, 2007, pp. 506-511; Häberle, 2004, p. 11). En ese marco, además, tal como se ha 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*; *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 corresponde analizar o evaluar lo relacionado con el activismo judicial.

Por otra parte, es cierto que estos roles especiales que les toca cumplir a los tribunales constitucionales no les hace inmunes a posibles errores o excesos en los que podrían incurrir; ni a ser criticados debido a ello. Al respecto, una forma de enfrentar tales excesos y de superar las principales críticas, tal como se pasará a explicar, es a través de buscar una cierta legitimación democrática, atendiendo siempre a que, pese a su carácter político, los tribunales constitucionales siguen siendo órganos judiciales. Más específicamente, esta legitimación democrática podría ser tomada en cuenta como un específico criterio de corrección, adicional a los ahora existentes (vinculados sobre todo a las teorías de la interpretación y la argumentación jurídica).

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

Prácticamente todos los tribunales constitucionales —si bien algunos más que otros— han resuelto en muchas ocasiones yendo más allá del texto expreso de la ley en sus interpretaciones, e incluso yendo más allá de sus competencias formalmente previstas. Estas decisiones suelen ser calificadas como decisiones «activistas».

Ahora, si bien no existe unanimidad sobre aquello que finalmente puede ser calificado como «activismo judicial», en otra oportunidad se ha indicado que, en términos generales, suele concebirse 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 (Sosa, 2017, pp. 75-76). Esto sería, valga precisarlo, lo que podría denominarse como «activismo judicial clásico» (o también «monológico»), al cual se le puede oponer como alternativa —según explicamos luego— un modelo de «activismo judicial dialógico»¹⁰.

Por lo general, este activismo no se manifiesta frente a casos fáciles o rutinarios, sino más bien frente a casos complejos, los cuales pueden serlo por diferentes motivos: por tratarse de casos argumentativa o moralmente «difíciles» o «trágicos» (que muchas veces requieren evaluar la corrección desde el razonamiento práctico o moral); de casos en los cuales, para resolver correcta o razonablemente, el derecho positivo resulta insuficiente (por lo que los jueces deben «crear» derechos o instituciones procesales *ex nihilo*¹¹), de casos que requieren una respuesta más allá del litigio individual (siendo necesario, por ejemplo, emitir sentencias atípicas,

10 No se está haciendo referencia ahora, valga aclarar, al modelo de «*dialogic review*», al control «débil» de constitucionalidad o al constitucionalismo del Commonwealth (Tushnet, 2012). Para mayores señas, se ha descrito brevemente este modelo en Sosa (2017, pp. 84-85).

11 Las razones por las que es necesario crear derecho pueden no tener que ver con razones morales, sino también con consideraciones relevantes en términos de *res publica* o de *salus populi*, las cuales conforme a la filosofía moral podrían ser calificadas como razones instrumentales o estratégicas (y no propiamente como razones prácticas o morales, cuando menos para el constructivismo moral predominante).

de carácter «estructural») o de casos en los que resulta necesario morigerar la decisión a tomar atendiendo a las consecuencias políticas, económicas, sociales, etc., del fallo (esto, porque muchas veces decisiones del tipo «*fiat iustitia et pereat mundus*» podrían generar consecuencias contraproducentes en términos constitucionales), entre otras posibilidades. Es más, trayendo a colación lo ya mencionado antes, podemos afirmar que los supuestos de activismo judicial generalmente se encontrarán vinculados a los peculiares roles sociales y políticos que vienen cumpliendo los tribunales constitucionales hoy en día.

Como se ha adelantado, este activismo judicial es criticado sobre todo desde las teorías de la interpretación y argumentación jurídicas, básicamente a partir de los criterios de corrección de las decisiones judiciales que ellas establecen¹². Sin embargo, y con base en lo que se ha venido explicando, es posible, y hasta necesario, tomar en cuenta otros elementos adicionales de corrección, relacionados más bien con la teoría de la democracia. Esto es así en la medida que, como ya fue indicado, 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 políticas¹³.

Asimismo, y sin perjuicio de lo anterior, resulta pertinente precisar que muchas de las críticas o reparos que se realizan respecto al activismo judicial, comprensibles en cierta medida en relación con los jueces del Norte Global (Europa y Estados Unidos, por ejemplo) atendiendo a sus tradiciones ideológicas y jurídicas y al rol de sus actores políticos, no pueden ser extrapoladas mecánicamente para el caso de los jueces del Sur Global (América Latina, por ejemplo)¹⁴. Esto es así, porque en los países latinoamericanos la judicatura no solo hace las veces de freno o contrapeso efectivo para los poderes políticos y sus eventuales excesos; en nuestros contextos las cortes constitucionales se encargan, además, de hacer cumplir la constitución frente a las omisiones, la indolencia y la desidia del Estado, empezando, muchas veces, por lo más elemental en materia de tutela de derechos y satisfacción de necesidades humanas básicas¹⁵.

Ahora bien, de la mano de estas tareas, es cierto que existen diversos riesgos y peligros, los cuales hemos visto muy de cerca en la región. Efectivamente, los tribunales constitucionales en ocasiones han incurrido en excesos; efectivamente, recurriendo a una feliz expresión de Jürgen Habermas¹⁶ (1998, p. 353), a veces se han sobregirado en su «crédito» o «cuenta corriente de legitimación». En este sentido, y tomando en serio las críticas que apuntan tanto a la insuficiente legitimidad democrática de las cortes como a la banalización

12 Véanse Wróblewski (2013), y MacCormick (1978/2018).

13 A esto, de algún modo, se refería por ejemplo Aarnio cuando se refirió a la «acceptabilidad» en vez de referirse tan solo a la corrección (Aarnio, 1991, pp. 247-313), o Alexy cuando, además de aludir a los «principios formales» como complemento a la dimensión ideal del derecho, explica su idea de «representación argumentativa» (Alexy, 2015).

14 Por si hiciera falta precisarlo, las denominaciones «Norte Global» y «Sur Global» aluden a la relación de dominación o dependencia económica y cultural por parte de los países desarrollados, muchos de ellos ubicados en el hemisferio norte, hacia los países subdesarrollados, ubicados generalmente en el hemisferio sur (o entre los trópicos, más precisamente).

15 Ello, por no mencionar también la tutela que las cortes y tribunales del Sur Global brindan frente a los poderes privados. Ha habido, pues, un proceso de *tropicalización* de instituciones tales como los derechos fundamentales y las cortes constitucionales, que surgieron en el Norte Global con contenidos y alcances diferentes.

16 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.

de la dimensión autoritativa del derecho, vale la pena explorar aquellos mecanismos a través de los cuales las cortes constitucionales respaldan o incluso amplían su «cuenta corriente» de legitimidad.

Al respecto, en el marco del constitucionalismo dialógico, se plantea que una forma de legitimar las decisiones judiciales es a través de otorgar espacios a la deliberación democrática. En este sentido, se ha indicado en otra ocasión (Sosa, 2017, pp. 89-90) que es posible contar entre los mecanismos o estrategias de legitimación, por ejemplo, a la visibilización de problemas excluidos del debate público colectivo, a la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de normas por ausencia o déficit de diálogo público o institucional, a la inclusión de actores y voces relevantes en la deliberación de los casos, a la mínima intervención judicial procurando el máximo involucramiento de los actores políticos relevantes, al uso de decisiones dialógicas dirigidas a que el juez no se apodere de la «última palabra», entre otras posibilidades en las que los tribunales constitucionales aparecen, ante todo, como promotores de un diálogo público robusto.

Así visto, este tipo de estrategias ayudan a legitimar las decisiones de las cortes constitucionales debido a que repercuten, cuando menos, (1) en una mayor aceptabilidad de las decisiones judiciales (pues se habría escuchado a las voces relevantes y su participación en cierta medida legitima el proceso decisorio), (2) en una mayor eficacia de las decisiones judiciales (pues se han resuelto considerando la opinión de los involucrados e incluso podría comprometerse a las partes con el cumplimiento de lo que se va a decidir), y (3) en una mayor corrección epistémica de las decisiones judiciales (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 sesgos y errores de todo tipo).

Ahora bien, vale la pena precisar que este eventual criterio adicional de corrección se presenta con un carácter básicamente orientativo o de «ideal regulativo» —lo que quiere decir que, a mayor proximidad respecto del ideal planteado, mayor es la legitimación o corrección de la decisión judicial— y tal vez podría ser formulado, aunque todavía de modo tentativo, de la siguiente manera: cuanto más complejo sea el caso por resolver; y cuanto más riesgo existe en poner en cuestión/socavar la dimensión autoritativa del derecho, más esfuerzos debe hacer la corte constitucional por legitimar democráticamente su decisión.

4. Medios o estrategias de legitimación, en especial, a partir del modelo de «justicia dialógica»

Existen diversos medios a través de los cuales las cortes constitucionales, en el plano de los hechos, procuran su legitimación. Estos mecanismos se encuentran relacionados con el rol social y político de los tribunales, al cual ya nos hemos referido, aunque sin perder de vista que son órganos que tienen también un carácter jurisdiccional (por ello deben regirse por el principio de imparcialidad, que no significa neutralidad frente a las controversias constitucionales y los valores involucrados).

Como ya fue adelantado, el marco del que se va a partir es el de la democracia deliberativa, el constitucionalismo dialógico¹⁷ o, más específicamente, la «justicia dialógica». Valga precisar que por «justicia dialógica» se alude a una comprensión de la jurisdicción constitucional

17 Como señalan Gargarella y Bergallo (2014), «el constitucionalismo dialógico vendría a decirnos que los asuntos constitucionales fundamentales deben ser resueltos mediante una conversación extendida, persistente en el tiempo, y que debe involucrar a las distintas ramas del poder; tanto como a la propia ciudadanía» (p. 10).

que permite y promueve la deliberación pública, la apertura y la inclusión de actores relevantes en el proceso de toma de decisiones¹⁸.

Hay un alejamiento, entonces, de formas de legitimación propias de otras versiones de democracia, como son la «mayoritaria» o la «agonal» (Schumpeter, 1996, pp. 343-348; Mouffe, 1999, 11-207), relacionadas básicamente con las elecciones populares o con la representación de intereses particulares. Por el contrario, se hará referencia a formas de legitimación vinculadas a 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 también con la generación de mecanismos de diálogo o cooperación que muestren cierta deferencia hacia aquellos actores políticos o institucionales más directamente vinculados con la decisión que debe desprenderse del caso.

En este sentido, los tribunales y cortes constitucionales se legitiman a través de recurrir a este tipo de medios o estrategias, y esta legitimación resulta especialmente valiosa y hasta necesaria cuando estamos ante sentencias a través de las cuales se resuelven asuntos complejos. Como se adelantó, se está haciendo referencia entonces a un «activismo judicial dialógico», el cual se diferencia del «activismo judicial clásico» de carácter más bien «monológico» (Rodríguez Garavito, 2016, pp. 493-494), que es impermeable a las voces de los actores sociales y políticos e institucionales relevantes, y que plantea respuestas verticales o puramente impositivas para los casos.

Finalmente, antes de continuar, es necesario precisar que lo que se presenta seguidamente es tan solo una muestra inicial sobre los medios o estrategias dialógicos posibles. De hecho, pueden encontrarse otros más, pero no se podrán abordar en esta ocasión¹⁹.

4.1. 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 que 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*, ello en la medida que tienen la capacidad de posicionar o fijar algunos asuntos en la agenda pública y política, es decir, 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

18 En este sentido, por «justicia dialógica» se entiende a algo más amplio que las «sentencias dialógicas», las cuales están relacionadas con decisiones finales, sobre todo en casos complejos, en términos dialógicos (por ejemplo, a través del dictado de órdenes más abiertas, no exhaustivas y perentorias, cuya ejecución involucre incluso el diálogo con los actores sociales y políticos relevantes), sin que el tribunal tenga la última palabra. En este sentido, la «sentencia dialógica» puede ser entendida como un momento o una estrategia de la «justicia dialógica».

19 Entre estos se puede encontrar, por ejemplo, a la deferencia judicial a las decisiones democráticas deliberadas, la deferencia al parecer de los actores políticos o institucionales relevantes, la generación de espacios de diálogo institucional, las decisiones con reparaciones simbólicas, etc.

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, en la medida que implica cierto liderazgo en la afirmación de bienes o valores constitucionales que no habían merecido mayor atención, así como poner en evidencia la existencia de deberes incumplidos por parte de algunos actores públicos o privados.

Un ejemplo que cabe mencionar —y que además se considera como sintomático del activismo judicial—, es el de la emisión de sentencias de carácter estructural en las que se abordan el tema de las condiciones carcelarias. Al respecto, puede constatarse que la terrible situación en la que supervive la población penitenciaria no suele concitar la atención de los actores políticos, y es que proponer mejoras en las condiciones en las que viven los reos puede ser una cuestión impopular; más todavía en contextos en los que se encuentra difundido o arraigado el populismo penal.

Al respecto, en varios países las cortes constitucionales han puesto en la palestra e impulsado la problemática sobre las (inhumanas) condiciones carcelarias. Este es el caso de algunos países iberoamericanos, como por ejemplo Argentina, cuya Corte Suprema emitió 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); también de Colombia, cuya Corte Constitucional declaró «estados de cosas inconstitucionales» referidos a las pésimas condiciones carcelarias en dicho país (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). Asimismo 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), lo cual también queda reflejado con la especial preocupación de dicho Tribunal tras los motines en los penales de Manaus, Roraima y Río Grande del Norte a inicios de 2017 (contexto en el que, además, se emitió una sentencia que estableció 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 también con la reciente sentencia del Tribunal Supremo brasileño en la que ordena la variación de la prisión provisional por la prisión domiciliaria, para 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).

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

Otro ámbito en el 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 un real diálogo o deliberación, tanto al interior de los órganos deliberativos correspondientes, como por consultar algunas medidas estatales relevantes con las personas a quienes va a afectar la medida.

De esta manera, 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 a 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 aún incipiente, existen ya 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 respeten «los procedimientos constitucionales y legales en la conformación de la voluntad mayoritaria, tanto respecto de leyes como de actos legislativos (refomas a la Constitución)», ello en salvaguarda de la deliberación parlamentaria, mejor aún, de los mecanismos que aseguran la participación efectiva de los congresistas en los debates (por ejemplo: que haya apertura formal de la deliberación, que no se niegue arbitrariamente el uso de la palabra a los congresistas, que no haya diferencias radicales entre el proyecto que fue presentado y el proyecto a discutir, etc.), así como los principios relacionados con el ideal deliberativo (por ejemplo: publicidad del proyecto, periodo razonable entre debates, ausencia de discriminación de minorías políticas o de la oposición, etc.)²⁰. La Corte Constitucional colombiana tiene variada jurisprudencia sobre la también llamada «elusión deliberativa»²¹, en la que reivindica con claridad un modelo deliberativo de democracia (García Jaramillo, 2016, pp. 178-179).

Otro caso que puede mencionarse es el de Argentina, donde con ocasión de resolverse un caso en el que se cuestionaba el aumento de las tarifas del gas (que fue conocido con el nombre de «Tarifazo»), la Corte Suprema argentina declaró la inconstitucionalidad de una resolución ministerial que contenía el nuevo cuadro tarifario, debido a que la regulación no fue consultada con la población que se vería directamente afectada (caso Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros - CEPIS y otros c. Ministerio de Energía y Minería, de 18 de agosto de 2016)²². Si bien esta sentencia —a diferencia de lo que ocurre en Colombia— no constituye un estándar arraigado, sin duda constituye un interesante avance a tener en cuenta. En este sentido, se han destacado por ejemplo «las importantes consideraciones que hace la Corte en relación con el valor de la discusión colectiva», las cuales «resultan música para los oídos de quienes defendemos un ideal deliberativo de la democracia» (Gargarella, 2016); y ello es así principalmente porque la Corte Suprema habría partido de una visión sustantiva, y no meramente formal, de las audiencias públicas como mecanismos de consulta.

Además de los ejemplos anotados, puede hacerse referencia asimismo al «derecho a la consulta previa», cuya titularidad recae en los pueblos originarios de nuestra región, y que son tutelados, precisamente, por parte de la judicatura constitucional. Este derecho implica, en la misma clave dialógica a la que nos venimos refiriendo, que antes de que se concrete cualquier proyecto de envergadura que incida en la vida de las comunidades originarias (como es típicamente el caso de proyectos extractivos, energéticos, viales, hídricos, etc.), este debería ser objeto de una «consulta previa, libre e informada», con la finalidad de que las comunidades muestren (o no) su asentimiento. En este orden de ideas, las cortes constitucionales han declarado nulos diversos proyectos que fueron concretados sin que se haya realizado esta «consulta previa».

4.3. 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 a los actores directamente involucrados o afectados con el problema que se debe resolver como a técnicos que puedan ofrecer sus consideraciones especializadas para tomar una mejor decisión.

20 Véanse García Jaramillo (2016) y Otálora Lozano (2013).

21 Entre muchas, véanse la C-222 de 1997, la C-816 de 2004, y la C-40 de 2010.

22 Véase Piana y Córdoba (2016).

A través de estas formas de intervención, las cortes se aproximan al ideal participativo e incluyente propio de la democracia deliberativa. Este tipo de participación abona, asimismo, tanto a la *legitimación* como a la *corrección* de lo resuelto. En cuanto a la *legitimación*, se trata sin duda de «un factor de legitimación social», pues 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, p. 300)²³. En cuanto a la *corrección*, como se indicó antes, la participación de una pluralidad de actores coadyuva a la mayor aceptabilidad de la eventual respuesta judicial, a su mayor eficacia a futuro 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, tales como Argentina, Brasil, Colombia y Perú, e incluso en la sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), entre algunas de las principales formas de intervención que favorecen la participación.

En este marco, y por hacer referencia a tan solo uno de estos mecanismos, se hará referencia al caso de las audiencias públicas para casos de trascendencia social. En el caso de Colombia, por ejemplo, fue muy sonada la audiencia pública del 30 de junio de 2015 sobre el matrimonio igualitario, en la que participaron accionantes, organizaciones no gubernamentales, autoridades, especialistas o profesores universitarios, y universidades, contándose el total de cuarenta y dos intervenciones²⁴. Dicho debate permitió conocer los distintos puntos de vista existentes en la sociedad colombiana en esta materia, y sobre esa base se emitió finalmente la sentencia SU214/16, que se pronuncia a favor de la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo.

El caso de Argentina es también emblemático. Roberto Gargarella suele hacer referencia, por ejemplo, al caso Riachuelo²⁵; en dicho caso se analizó el daño ambiental ocasionado por la contaminación del río Matanza-Riachuelo, que pasa por la ciudad de Buenos Aires y que se encontraba en un grave estado de contaminación. Frente a ello, la Corte Suprema de Justicia argentina convocó a cuatro audiencias desde setiembre de 2006 a noviembre de 2007, con la finalidad de conocer los planes de saneamiento, pericias especializadas y la opinión de los demandados. Finalmente, con fecha 8 de julio de 2008, se emitió la paradigmática sentencia del caso Riachuelo [caso Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)], en la

23 Se ha dicho que el Tribunal Constitucional, en cuanto «tribunal social», es decir; abierto a diversos participantes en materia de interpretación constitucional (Häberle, 2016, pp. 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, p. 150).

24 Todas estas pueden visualizarse en Corte Constitucional de la República de Colombia (2015).

25 En Argentina el asunto de las audiencias ha merecido un amplio y prolijo desarrollo; por ejemplo, véase Benedetti y Sáenz (2016).

que se ordena el cumplimiento de los planes presentados e involucra a los actores sociales y la Defensoría del Pueblo con el seguimiento del cumplimiento del fallo.

Asimismo, se tiene la reciente y maratónica audiencia pública convocada por el Tribunal Constitucional chileno en torno a la constitucionalidad del proyecto de ley de despenalización del aborto en tres causales (cuando esté en riesgo la vida de la madre, en caso de violación y si el feto es inviable). La audiencia, que comprometió la participación de 135 intervenciones entre actores y organizaciones de distinto tipo, se llevó a cabo en dos días, el 16²⁶ y 17 de agosto de 2017²⁷. Tras la audiencia, el Tribunal Constitucional chileno finalmente emitió la sentencia Rol N° 3729(3751)-17-CPT, de fecha veintiocho de agosto de dos mil diecisiete, a través de la cual se decide la conformidad constitucional del proyecto.

4.4. 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 secreto²⁸. Muchas veces no son públicas ni las audiencias en las que las partes brindan sus alegatos, y menos aun se da a conocer el contenido de las sesiones en las que los magistrados deliberan o votan las causas judiciales que conocen.

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 (Tribunal Constitucional, s. f.a) y los videos de todas estas audiencias son alojados en la página web de la institución, por lo que quedan a disposición permanente de toda la ciudadanía (Tribunal Constitucional, s. f.b).

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 expresión evidente de transparencia que tiende a la legitimación de las decisiones, presenta asimismo muchos retos y dificultades, como ha sido recientemente estudiado y problematizado (Rufino Do Vale, 2017).

5. Cierre conclusivo

Como ha sido explicado, al resolver casos complejos los tribunales constitucionales suelen tomar 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

26 Las audiencias de ese día pueden consultarse en Tribunal Constitucional de Chile (2017a).

27 Las audiencias de ese día pueden consultarse en Tribunal Constitucional de Chile (2017b).

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

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 porque incurre en el llamado «elitismo judicial»), como también desde el llamado «constitucionalismo principalista» (por considerar que se desconoce la dimensión autoritativa del derecho).

Sin embargo, esto no toma suficientemente en cuenta que los tribunales constitucionales son órganos políticos, aunque en un sentido distinto al de los poderes políticos: bien visto, a ellos se les concibe actualmente como poderes moderadores y mediadores, encargados de apaciguar las controversias más álgidas de la comunidad política. Al ejercer entonces las cortes constitucionales funciones con connotación social y política, no pueden ser entendidas como meros jueces aplicadores del derecho positivo. En este marco, desde luego, puede entenderse de mejor modo que las cortes constitucionales, principalmente frente a «casos complejos», realicen prácticas que puedan entenderse como «activistas».

Ahora bien, según hemos sostenido, las críticas al activismo judicial deben ser tomadas en serio. Por ello se considera que cuando los tribunales constitucionales se enfrenten a casos complejos, que demandan respuestas que podrían calificarse de activistas, pueden y deben buscar formas de legitimación democrática a modo de criterio complementario de corrección (adicional a la corrección interpretativa y argumentativa), esto en el marco de una concepción deliberativa o dialógica de democracia.

De hecho, como se ha explorado en este trabajo, en la práctica las cortes constitucionales vienen buscando estas formas de legitimación. Según se ha manifestado, en el derecho comparado existen diferentes medios o estrategias de legitimación democrática a los que acuden las cortes constitucionales, y aquí se ha hecho referencia a algunos de ellos que son especialmente relevantes, sobre todo porque parecen representativas de lo que viene ocurriendo en América Latina.

REFERENCIAS

- Aarnio, A. (1991). *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Ahumada, M. (2005). *La jurisdicción constitucional en Europa*. Navarra: Thomson Civitas.
- Aja, E. (Ed.). (1998). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*. Barcelona: Ariel.
- Alexy, R. (2015). Control judicial de constitucionalidad como representación argumentativa. En J. L. Fabra Zamora, y L. García Jaramillo (Coords.), *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales* (pp. 219-234). México DF: IIJ-UNAM.
- Atienza, M. (2005). Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos. En E. Ferrer Mac-Gregor (Coord.), *Interpretación constitucional* (Tomo II, pp. 121-145). Ciudad de México: Porrúa.
- Atienza, M. (2011). Dos versiones del constitucionalismo. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (34), 73-88.
- Atienza, M. (2013). *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Trotta.
- Atienza, M. (2019). Siete tesis sobre el activismo judicial. *Ámbito jurídico* (Portal web). Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/constitucional-y-derechos-humanos/siete-tesis-sobre-el-activismo-judicial>
- Benedetti, M. Á., y Sáenz, M. J. (2016). *Las audiencias públicas de la Corte Suprema. Apertura y límites de la participación ciudadana en la justicia*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Böckenforde, E. W. (2000). *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Madrid: Trotta.
- Cappelletti, M. (1986, mayo-agosto). ¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la «justicia constitucional». *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 6(17), 9-46.
- Corte Constitucional de la República de Colombia [Corte Constitucional]. (2015, 20 de agosto). *1 Apertura Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub* [Archivo de video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=ecGCj4-azr8&list=PLIXmT4OzTCv7Ok0jm5A4ArJEi2L3GMCWn>
- Cruz, L. M. (2009, diciembre). La constitución como orden de valores. Reflexiones en torno al neoconstitucionalismo. *Díkaion*, 23(18), 11-31. Cundinamarca: Universidad de la Sabana.
- García Jaramillo, L. (2015). *Constitucionalismo deliberativo. Estudio sobre el ideal regulativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario*. México DF: UNAM-IIJ.

- García Jaramillo, L. (2016). *Activismo judicial y dogmática de los márgenes de acción: Una discusión en clave neoconstitucional*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- García Jaramillo, L. (2019). «Activismo judicial»: Un viejo concepto para nuevos desafíos. *Ámbito Jurídico* (Portal web). Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/etcetera/constitucional-y-derechos-humanos/activismo-judicial-un-viejo-concepto-para>
- Gargarella, R. y Bergallo, P. (2014). Presentación. En R. Gargarella (Compilador), *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática* (pp. 9-13). Buenos Aires: Siglo XXI.
- Gargarella, R. (2016, 23 de agosto). La Corte juega el juego del equilibrio. *La Nación*. Recuperado de <https://www.lanacion.com.ar/1930582-la-corte-juega-el-juego-del-equilibrio>
- Häberle, P. (2004, julio-septiembre). El Tribunal Constitucional como poder político. *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), (125), 9-37.
- Häberle, P. (2005). *El Tribunal Constitucional como Tribunal Ciudadano. El recurso constitucional de amparo*. Santiago de Querétaro: Fundap.
- Häberle, P. (2016). *El Estado constitucional*. Ciudad de México: UNAM.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta.
- Hennig, M. C. (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. *Estudios Constitucionales*, Año 8(1), 283-304. Talca: Universidad de Talca.
- Kelsen, H. (2009). ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? En H. Kelsen, y C. Schmitt, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (pp. 289-366). Madrid: Tecnos.
- Kelsen, H., y Schmitt, C. (2009). *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos.
- Landa, C. (1994). *Apuntes para una teoría democrática moderna en América Latina*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Linares, S. (2015). El control de constitucionalidad: La democracia deliberativa epistémica y la dificultad contramayoritaria. En J. L. Fabra Zamora, y E. Spector (Eds.): *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (Vol. 3, pp. 1959-1990). México DF: UNAM-III.
- López Bofill, H. (2017). *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*. Ciudad de México: Porrúa.
- MacCormick, N. (2018). *Razonamiento jurídico y teoría del derecho* (J. Á. Gascón Salvador, Trad.). Lima: Palestra. (1978).

- Martí, J. L. (2006). *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*. Madrid: Marcial Pons.
- Martí, J. L. (2011). La paradoja de las precondiciones de la democracia deliberativa en Nino. En L. García Jaramillo (Coord.): *La democracia deliberativa a debate* (pp. 41-53). Cuadernos de Investigación, Documento n.º 85. Medellín: Universidad EAFIT.
- McCombs, M. (2006). *Estableciendo la agenda: El impacto de los medios en la opinión pública y en el conocimiento*. Barcelona: Paidós.
- Montesquieu. (1845). *Espíritu de las leyes* (N. Buenaventura Selva, Trad.). Biblioteca auxiliar [sic] del jurisconsulto y publicista. Madrid: Imprenta de Don Marcos Bueno. (1748).
- Mouffe, C. (1999). *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*. Barcelona: Paidós.
- Müller, F. (2012, julio-diciembre). El derecho de creación judicial. Formulado desde el punto de vista de la teoría estructurante del derecho. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, (20), 13-25.
- Otálora Lozano, G. (2013, agosto-diciembre). El deber de deliberación mínima en el procedimiento legislativo. *Pensamiento Jurídico*, (38), 65-108. Bogotá.
- Piana, R. S., y Córdoba, G. (2016). Democracia representativa y democracia deliberativa. Un análisis teórico a partir del proceso de reestructuración de las tarifas de gas en Argentina. *Revista de Derecho*, (21), 21-43. Managua: Universidad Centroamericana.
- Prieto Sanchís, L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Rodríguez Garavito, C. (2016). El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. M. García Villegas, y M. A. Ceballos Bedoya (Eds.), *Democracia, justicia y sociedad. Diez años de investigación en Dejusticia* (pp. 489-501). Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia.
- Rufino Do Vale, A. (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*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Schmitt, C. (2009). El defensor de la Constitución. En H. Kelsen, y C. Schmitt, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (pp. 1-287). Madrid: Tecnos.
- Schneider, H.-P. (1982, mayo-agosto). Jurisdicción constitucional y separación de poderes. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 2(5), 35-61. Madrid.
- Schumpeter, J. (1996). *Capitalismo, socialismo y democracia* (Tomo II). Barcelona: Folio.
- Sosa Sacio, J. M. (2018). Activismo judicial de los tribunales constitucionales y su posible legitimación a través de mecanismos vinculados a la democracia deliberativa. En II Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino. Congreso llevado a cabo

- en Río de Janeiro, Brasil. Recuperado de <https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2017/08/Juan-Manuel-Sosa-Sacio-Peru.pdf>
- Sosa, J. M. (2017). Los derechos sociales, su exigibilidad y el activismo judicial dialógico como modelo a seguir. En J. M. Sosa (Coord.), *Igualdad, derechos sociales y control de políticas públicas en la jurisprudencia constitucional* (pp. 63-92). Lima: Palestra.
- Tribunal Constitucional. (s. f.a). *Audiencias en vivo* [Página web]. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/tc/public/audiencia/envivo/transmision>
- Tribunal Constitucional. (s. f.b). *Historico de filmaciones* [Página web]. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/audiencia/historico-de-filmaciones/>
- Tribunal Constitucional de Chile [Tribunal Constitucional de Chile]. (2017a, 17 de agosto). *Audiencia Pública Rol 3729 - Día 1 - Grupo Exponente I* [Archivo de video]. Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=G5EtCPkPDyY&list=PLqRWyXXOYvMxWmTYxbMVzZ_gs5pwLC3l6
- Tribunal Constitucional de Chile [Tribunal Constitucional de Chile]. (2017b, 17 de agosto). *Audiencia Pública Rol 3729 - Día 2 - Grupo Exponente I* [Archivo de video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=bl2hDcUF2Wg&list=PLqRWyXXOYvMyM7tyBUmFzCmnTv9UF3R6C>
- Tushnet, M. (2012). Nuevas formas de revisión judicial y la persistencia de preocupaciones basadas en derecho y democracia. En: H. J. Campos (Ed.), *Control constitucional y activismo judicial* (pp. 227-260). Lima: ARA.
- Tushnet, M. (2013). *Constitucionalismo y judicial review*. Lima: Palestra.
- Tushnet, M. (2014). *Advanced introduction to comparative constitutional law*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing.
- Waldron, J. (2005). *Derecho y desacuerdos* (J. L. Martí, y Á. Quiroga, Trads.). Madrid: Marcial Pons. (1999).
- Wróblewski, J. (2013). *Sentido y hecho en el derecho*. Lima: Grijley.
- Zagrebelsky, G. (2007). Jueces constitucionales. *Pensamiento Constitucional*, 12(12), 495-511. Lima.
- Zagrebelsky, G. (2008). *Principios y votos: El Tribunal Constitucional y la política*. Madrid: Trotta.