

**UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



TÍTULO:

**“LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LOS JUECES
CONSTITUCIONALES PARA EJERCER EL CONTROL
CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD: UN
ANÁLISIS DESDE LA TEORÍA DE LA DEMOCRACIA
DELIBERATIVA”**

**TESIS PARA OPTAR EL
TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

PRESENTADO POR:

Bach. ALFONSO RENATO VARGAS MURILLO

ASESOR:

Mag. RENZO YUFRA PERALTA

TACNA-PERU

2019

DEDICATORIA

A mis padres Alfonso y Dariela, por su infinito amor, apoyo incondicional y sacrificio, nada de esto hubiera sido posible sin ustedes.

A la memoria de mis abuelos Eduardo y Julio Alfonso, por demostrarme que es posible querer hasta el último suspiro.

RESUMEN:

El Tribunal Constitucional, en cuanto órgano encargado de defender el principio de supremacía de la Constitución, y con ella los derechos fundamentales; dada su naturaleza, ocupa un lugar importante no solo en estructura estatal, -por su relación con las instituciones de gobierno-, sino también en la sociedad peruana, tanto en su dimensión individual, como colectiva a través de las diversas instituciones que componen la sociedad civil. De esta manera, las decisiones que sean tomadas en su seno, tendrán un alto impacto en los diversos aspectos de la vida social, repercutiendo en las relaciones sociales, económicas, políticas y hasta culturales.

Sin embargo, la auto-consagración como supremo intérprete de la Constitución, puede generar que el proceso de control de constitucionalidad, resulte una actividad de tipo monológica y cerrada a los puntos de vista de la ciudadanía, hecho que resulta problemático, en una sociedad caracterizada por “lo plural”, lo que implica que en ella existe una serie de desacuerdos respecto al sentido último de cláusulas constitucionales.

La presente investigación pretende describir algunas propuestas relacionadas con el control de constitucionalidad desde la teoría de la democracia deliberativa, en cuanto se presenta como un modelo que pretende suplir las “deficiencias” del proceso judicial de declaración de inconstitucionalidad en términos de participación, inclusión y diálogo, elementos centrales en los cuestionamientos sobre la legitimidad democrática de las cortes para ejercer dicha función.

PALABRAS CLAVE: control de constitucionalidad, legitimidad democrática, democracia deliberativa

ABSTRACT:

The Constitutional Court, as a body in charge of defending the principle of supremacy of the Constitution, and with it the fundamental rights; given its nature, it occupies an important place not only in the state structure, -because of its relationship with government institutions-, but also in Peruvian society, both in its individual and collective dimension through the various institutions that make up the society civil. In this way, the decisions that are made within it will have a high impact on the various aspects of social life, impacting on social, economic, political and even cultural relations.

However, the self-consecration as supreme interpreter of the Constitution, can generate that the process of control of constitutionality, is an activity of monological type and closed to the views of citizens, a fact that is problematic, in a society characterized by "the plural", which implies that there is a series of disagreements about the ultimate meaning of constitutional clauses.

This research aims to describe some proposals related to the control of constitutionality from the theory of deliberative democracy, in that it is presented as a model that seeks to replace the "deficiencies" of the judicial process of declaration of unconstitutionality in terms of participation, inclusion and dialogue , central elements in the questions about the democratic legitimacy of the courts to exercise this function.

KEYWORDS: judicial review, democratic legitimacy, deliberative democracy

Contenido

INTRODUCCIÓN:.....	7
CAPÍTULO I:.....	12
EL PROBLEMA.....	12
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:	13
1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA:.....	13
1.2. ANTECEDENTES:	17
1.3. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN:.....	19
1.4. FORMULACIÓN DE LA PREGUNTA SIGNIFICATIVA:.....	20
1.5. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	21
2. OBJETIVOS:.....	22
CAPÍTULO II:	23
MARCO TEÓRICO:.....	23
1. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	24
2. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL PERÚ:.....	32
3. POSTURAS FRENTE AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD:	46
4. LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA:.....	59
5. POSIBILIDADES DE CONFIGURACIÓN DE UN CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DIALÓGICO EN EL PERÚ:.....	98
CAPITULO III.....	114
MARCO METODOLÓGICO	114
1. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS:	115
2. VARIABLES DE ESTUDIO E INDICADORES:.....	115
3. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN.....	116
CAPÍTULO IV:	120
PRESENTACIÓN, INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE LOS RESULTADOS	120

I. DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO	121
II. SUSTENTACIÓN DE LAS HIPÓTESIS	123
2.1. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS	123
2.2. HIPÓTESIS GENERAL	131
CAPÍTULO V:	134
CONCLUSIONES	134
BIBLIOGRAFÍA.....	137

INTRODUCCIÓN:

El control de constitucionalidad (también llamado revisión judicial) entendido como la facultad que poseen los órganos judiciales para determinar la compatibilidad de una norma con el contenido axiológico y normativo de la Constitución, trae diversas consecuencias según el diseño institucional que se adopte (difuso, concentrado, mixto o dual).

En el caso peruano, al haberse adoptado un modelo dual, paralelo al modelo de control difuso encontramos el control de constitucionalidad en su modalidad concentrada como potestad del Tribunal Constitucional, lo que implica que la declaración de inconstitucionalidad emitida por dicho órgano (en virtud del artículo 201° de la Constitución Política del Perú) tiene como efecto la expulsión de la norma cuestionada del ordenamiento jurídico. Esta función de las cortes, trajo consigo que se califique a los jueces como “legisladores negativos”, lo que generó una serie de discusiones sobre la legitimidad de estos órganos para invalidar las normas emitidas por órganos con un grado mayor de representación.

En ese marco, y dado el rol actual que juegan las cortes constitucionales en la vida política de los países, y su relación con la consolidación de las democracias en América Latina, el problema de la legitimidad resulta importante toda vez que los contextos multiculturales requieren instituciones que puedan responder adecuadamente frente a esa realidad.

La teoría de la democracia deliberativa, plantea como criterio de legitimidad de las decisiones políticas, que estas sean resultado de un proceso argumentativo de participación en los términos más

amplios posibles involucrando principalmente a los posiblemente afectados por la decisión, los cuales se reconocen como actores libres e iguales. De esta manera, surge corrientes como la del “constitucionalismo dialógico” que plantea entre otras cosas, que la interpretación de la Constitución debe ser resultado de la participación colectiva, en un proceso que cumpla las exigencias de inclusión y que establezca los mecanismos de participación tanto de actores de la sociedad civil como de los diversos órganos estatales, generando un diálogo principalmente los órganos legislativos, con el fin de generar un diálogo interinstitucional.

La presente investigación presenta un análisis del problema de la legitimidad democrática a la luz de una teoría alternativa al modelo actual de control constitucional (y sus presupuestos teórico-filosóficos) como es la teoría de la democracia deliberativa, permitiendo develar el grado de adecuación a este modelo en la práctica del control concentrado de constitucionalidad (en sus diversas formas).

Nuestra investigación, por la finalidad o propósito, se trata de una investigación básica o pura, al presentar un carácter preponderantemente teórico, el mismo que permitirá el desarrollo y comprensión de la democracia deliberativa como ideal regulativo en el marco del neo-constitucionalismo.

Investigación que además es de un nivel descriptivo, con carácter exploratorio, puesto que se pretende evidenciar las características que configuran el modelo del control concentrado de constitucionalidad en el Perú y de la democracia deliberativa, con el fin de, partiendo de tal descripción, determinar las condiciones que propone la democracia deliberativa para dotar de legitimidad

democrática las prácticas jurídico-políticas, como es el control concentrado de constitucionalidad.

Sobre tales fines y medios, nuestra investigación ha sido esbozada sobre una estructura en base a cinco capítulos: el planteamiento del problema, el marco teórico, el marco metodológico, el marco operativo y el marco conclusivo.

Así, en el **PRIMER CAPÍTULO** denominado “El Problema” se abordarán dos aspectos que nos pondrán a contexto: el Planteamiento del Estudio, en el cual plantearemos el problema, sustentaremos y expondremos la relevancia de la investigación, para establecer así la pregunta significativa, por la cual delimitaremos nuestra investigación, y los Objetivos propuestos, los cuales conducirán la presente investigación a fin de orientarla a la resolución de la pregunta significativa.

Luego, tenemos el siguiente y más amplio, **SEGUNDO CAPÍTULO** denominado “Marco Teórico”, el cual lo hemos desarrollado sobre 6 sub-capítulos que abstraemos a continuación:

1. El control de constitucionalidad: Marco histórico-conceptual donde abordamos los modelos de control de constitucionalidad que han surgido históricamente, de su origen en el modelo americano, pasando por el modelo concentrado hasta llegar a formas derivadas (mixtas o duales). Por último abordamos el surgimiento del control de constitucionalidad en el Perú, y describimos las principales aspectos del proceso de inconstitucionalidad relevantes para la presente investigación.
2. Posturas frente al control de constitucionalidad: En este apartado, desarrollaremos las dos posturas que se presentan como extremos respecto al problema de la legitimidad de las

- cortes para ejercer el control de constitucionalidad: el neoconstitucionalismo y el constitucionalismo popular.
3. La Democracia Deliberativa: En este sub-capítulo trataremos primero conceptualmente la democracia deliberativa, así como su origen histórico, los principales problemas que comprende esta teoría, haciendo énfasis en el problema de la legitimidad.
 4. Democracia Deliberativa y Control de Constitucionalidad: En este apartado, tratamos las propuestas que han surgido desde la teoría de la democracia deliberativa para elaborar un diseño institucional de control de constitucionalidad acorde a sus presupuestos, haciendo énfasis en la corriente denominada “constitucionalismo dialógico”.
 5. Posibilidades de Configuración de un Control de Constitucionalidad Dialógico en el Perú, en el último sub-capítulo, abordaremos algunos aspectos del proceso de inconstitucionalidad que resultan “atractivas” desde la óptica del constitucionalismo dialógico, como son la participación de terceros y el diálogo interinstitucional que se ha generado a raíz de las exhortaciones contenidas en algunas sentencias.

En el **TERCER CAPÍTULO**, denominado “Marco Metodológico”, se encuentra dividido en tres subcapítulos, el primero refiere la Formulación de Hipótesis, correspondientes a la pregunta significativa general y las específicas, planteadas en la exposición de “problema”, el segundo indica las Variables de Estudio, correspondientes a cada hipótesis formulada, para luego pasar a la Metodología adoptada en la investigación, exponiendo nuestro diseño de la investigación, la determinación metodológica, la población y muestra de estudio correspondiente al tipo de investigación tratada, y por último nos referiremos a las técnicas e instrumentos de investigación seleccionados.

Seguidamente, en el **CUARTO CAPÍTULO**, denominado “Presentación, Interpretación y Argumentación Jurídica de los Resultados”, presentaremos los resultados arribados, resaltando que no “comenzaremos a interpretar”, sino que sintetizaremos lo ya interpretado y argumentado en nuestro marco teórico, contrastando lo analizado con nuestras hipótesis para comprobar la sostenibilidad jurídica de las mismas.

Por último tenemos el **QUINTO CAPÍTULO**, denominado “Conclusiones”, en el cual expondremos las “conclusiones” en sentido lato, o específicamente consideraciones finales a las cuales se arribó a través de la realización de la presente investigación, dejando siempre abierta discusión para próximos desarrollos sobre el tema en cuestión.

CAPÍTULO I:

EL PROBLEMA

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA:

El paso del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho, trajo consigo una serie de arreglos institucionales, destinados a cumplir los fines de limitación del poder y salvaguarda de los derechos humanos. Este proceso sería denominado por Guastini como “constitucionalización del ordenamiento jurídico”¹. Una de las condiciones necesarias a satisfacer en dicho proceso, es “la garantía jurisdiccional de la Constitución”, que se refiere al establecimiento de órganos encargados de ejercer el control constitucional de las leyes². Para cumplir con eficacia tales fines, en algunos sistemas jurídicos se planteó la creación de órganos especializados, que efectúen un control sobre las leyes en nombre de la Constitución anulando sus efectos.

El Tribunal Constitucional, tal como señala el artículo 201° de la Constitución Política del Perú, es “el órgano de control de la Constitución”, consagrándose el denominado “control concentrado de constitucionalidad”, facultando a los jueces constitucionales³ la realización de un control abstracto de una ley respecto a su compatibilidad con la constitución; si de dicho análisis se concluye la incompatibilidad de dicha norma, es derogada por este, convirtiéndose -siguiendo a Kelsen- en un “*Legislador Negativo*”⁴. De esta manera, se ha arraigado en nuestra cultura jurídica la existencia y la importancia de la labor que cumplen estas Cortes

¹ GUASTINI, Ricardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en CARBONELL, Miguel, Estudios de Teoría Constitucional, Editorial Fontamara, 2001, México. Pág. 154-164.

² *Ibíd.* Págs. 155-156

³ Para la presente investigación, utilizaremos la denominación de “jueces constitucionales” para el caso peruano, a aquellos magistrados miembros del Tribunal Constitucional, por lo que restringiremos nuestro análisis respecto al control de constitucionalidad al proceso de inconstitucionalidad.

⁴ QUIROGA, Aníbal, “Control «Difuso» y control «Concentrado» en el Derecho Procesal Constitucional peruano”, Revista Derecho PUCP, N° 50, 1996., pp. 207-233. Pág. 214. Lo que no excluye que en la actualidad, el Tribunal Constitucional haya desarrollado competencia “atípicas” que lo acercan más a la figura de un legislador positivo.

para la salvaguarda de los derechos fundamentales y del sistema democrático. Sin embargo, si concebimos a la Constitución, como el resultado de un “pacto” popular⁵ y considerando que los órganos derivados a partir del momento constituyente, son órganos constituidos con mayor o menor grado de representatividad⁶, surgen ciertas dudas respecto a la legitimidad de las cortes de revisar las leyes en términos de supremacía judicial al auto-consagrarse como “supremo intérprete de la Constitución”⁷, teniendo menor grado de representatividad que el parlamento⁸. Esta posición como “supremo intérprete” produciría una tensión entre la protección de derechos y el valor democracia, al tener la última palabra en cuanto a la interpretación de la Constitución; sobre todo cuando estas decisiones, pueden ser tomadas sin incorporar en dicho proceso a la sociedad civil (o en otros términos, al “pueblo”).

Considerando que en un sistema político democrático, es el sujeto depositario del Poder Constituyente Originario y como tal, es el único poder soberano y pre-jurídico, surgiendo una serie de dudas, como por ejemplo: ¿por qué un órgano reducido que posee una “representatividad de segundo grado” -y por ende no goza de un alto grado de legitimidad democrática- se arroga el tener la última palabra respecto a la interpretación de la Constitución?; del mismo modo, si el pueblo en tanto Poder Constituyente, es el único poder latente que se encuentra fuera del derecho -precisamente por su carácter soberano- si no se toma en cuenta su participación respecto a la interpretación de la Constitución, ¿las cortes estarían usurpando algunas funciones de este poder?

5 Carl Schmitt la define como “la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo”. SCHMITT, Carl, Teoría de la Constitución. Alianza Editorial, 1996, Madrid. Pág. 93-94.

6 Siendo el poder legislativo, el primer poder en este sentido, por su elección directa.

7 Sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Exp. N° 646-96-AA/TC, 5854-2005-PA/TC, 02689-2015-PA/TC y 01405-2010-PA/TC.

8 Limitándose a una representatividad de segundo grado (en el caso del Tribunal Constitucional, al ser elegidos por los miembros del Congreso de la República)- y una “legitimidad popular derivada” del contenido de la Constitución. QUIROGA, Aníbal. Óp. Cit. Pág. 210.

La revisión judicial de las leyes se ha justificado tradicionalmente a partir de la idea de que los jueces se encuentra en una “mejor posición” para resolver las controversias derivadas de la interpretación constitucional, principalmente aquellas derivadas de los derechos fundamentales. Para autores como Carlos Nino⁹, esta práctica es una manifestación de una especie de “elitismo epistemológico”, en tanto presupone que debe primar la destreza intelectual por sobre cuestiones relativas a la representatividad. Este argumento, retomado por algunos autores de la corriente constitucional denominada como “neo-constitucionalismo” (como Zagrebelsky), la imposibilidad de concebir una democracia sin la posición privilegiada de los jueces respecto a la interpretación de la Constitución (lo que se puede ver expresado en una “supremacía judicial”)¹⁰. La respuesta radical a dicha posición, surge desde el denominado “Constitucionalismo Popular”, quienes consideran que la interpretación constitucional que realizan los jueces en condiciones de “supremacía judicial” resulta “petrificante”, cuestionando su grado de representatividad¹¹ al no ser órganos electos, haciendo énfasis en la dimensión política de la interpretación constitucional, por lo que sostiene que es el pueblo el único que se encuentra en una mejor posición para determinar el significado de la Constitución, en tanto creación suya¹².

El problema en ambas posiciones, se plantea de la siguiente manera: si asumimos que los jueces tienen la última palabra en su condición de “supremo intérprete”, podemos dejar fuera a la sociedad civil del debate sobre el sentido de la Constitución, o en

9 Citado por: LÓPEZ HIDALGO, Pablo. *“Legitimidad democrática e interpretación de la Constitución: proyección a la tarea interpretativa de la Corte Constitucional del Ecuador”*, Tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, 2017, Quito. Pág. 47.

¹⁰ SANTIAGO, Alfonso. *“Sistema Jurídico, Teoría del Derecho y Rol de los Jueces: Las novedades del neoconstitucionalismo”*, Revista *Dikaion* N° 22(17), 2008, pp. 131-155, p.. 141.

¹¹ SANIN, Ricardo, *Teoría crítica constitucional: rescatando la democracia del liberalismo*. Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011, Quito. p. 82.

¹² ÁLVAREZ, Ramiro, *“El Constitucionalismo Popular y los problemas de la ‘última palabra’: apuntes para un Contexto Latinoamericano”*. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo Año 13, N°1, 2012, pp. 75-125. p. 83.

todo caso, sus razones pueden ser menospreciadas; por el otro lado, si dejamos las cuestiones constitucionales en manos de la política (en su dimensión institucional y extrainstitucional), el peso de las mayorías puede terminar por dejar a grupos minoritarios fuera del debate y peor aún, sin herramientas para protegerse ante la vulneración de sus derechos. Dichos problemas se agudizan ante lo que Rawls denominó como “*the fact of pluralism*”, es decir, la situación de pluralidad de posiciones entre los ciudadanos respecto a las cuestiones filosóficas, morales y religiosas, que si bien pueden ser razonables se presentan como posiciones incompatibles¹³, por lo que las instituciones deben diseñarse de tal forma que asuman este hecho y permitan la convivencia social¹⁴.

Diversas propuestas han surgido para la superar la objeción “contramayoritaria” o “democrática” al control de constitucionalidad, es decir, la tensión entre democracia y derechos. Ante los problemas que generan, las propuestas estructuradas enfatizando uno u otro elemento (los derechos en el caso del neo-constitucionalismo y la dimensión democrática en el constitucionalismo popular), surge una posición que promete reconstruir la legitimidad, ya no desde una supuesta “mejor posición” de los jueces respaldada por el contenido de la Constitución, ni tampoco desde la regla de mayorías. El constitucionalismo dialógico, inspirado en la democracia deliberativa, parte del carácter comunicativo de las prácticas sociales, políticas y jurídicas, fundamentando la legitimidad en la deliberación expresada en el diálogo público entre los afectados en condiciones de igualdad y libertad¹⁵.

¹³ RAWLS, John, *Liberalismo político*, Crítica, 1966, Barcelona, p. 13.

¹⁴ OLIVARES, Nicolás Emanuel, “*Democracia deliberativa y control de constitucionalidad: En defensa de un diseño multisituado*”, *Revista de Derecho (Barranquilla)* N° 47, 2017, pp. 167-206. Pág. 173.

¹⁵ GIUFFRÉ, Carlos Ignacio, “*Democracia deliberativa: su institucionalización a través de instrumentos jurídico-dialógicos*”, *Sistema Argentino de Información Judicial*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 14 de abril de 2016. Cita: DACF160255. Pág. 2.

De esta manera, a la luz de este ideal regulativo, podríamos determinar si el proceso de inconstitucionalidad, tal cual está configurado en nuestro ordenamiento jurídico, adolece de problemas de legitimación frente a una realidad tan compleja como la peruana (caracterizada por “lo plural”), si su diseño institucional no prevé mecanismos orientados al favorecimiento de la interacción dialógica en condiciones de igualdad entre los ciudadanos, entre aquellos y las cortes, así como entre las cortes y otros órganos estatales.

1.2. ANTECEDENTES:

En el plano local, en Tacna, no existen antecedentes de investigación sobre la legitimidad democrática de los jueces constitucionales.

En el plano nacional, si bien no encontramos trabajos de investigación el problema planteado, tenemos las siguientes investigaciones que se aproximan en tanto abordan cuestiones de legitimidad democrática y la función jurisdiccional:

- RODRIGUEZ ROSADO, Martin Alonso, “Falta de Legitimidad Democrática en la Elección de Jueces en el Perú, 2016”, Tesis para obtener el grado de Magíster en Derecho Procesal y Administración de Justicia, Universidad Católica San María, Arequipa, 2016.
- MACEDO IDME, Rubén. “*Legitimidad democrática del procedimiento de selección, elección y nombramiento de los magistrados del Tribunal Constitucional y su eficiencia jurisdiccional*”, Tesis para obtener el grado de Doctoris Scientae en Derecho, Universidad Nacional del Altiplano, Puno, 2013.

En el plano internacional, podemos encontrar las siguientes tesis:

- GAVIRIA MIRA, Julián, *“Inclusión Política y Gobierno Democrático: El Problema De La Legitimidad Del Control De Constitucionalidad”*, Tesis para optar por el grado de Doctor, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2017.
- LOPEZ HIDALGO, Pablo, “Legitimidad democrática e interpretación de la Constitución: proyección a la tarea interpretativa de la Corte Constitucional del Ecuador”, Tesis para optar por el grado de Doctor en Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2017.
- NIEMBRO ORTEGA, Roberto, “La justicia constitucional de la democracia deliberativa”, Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2016.
- GONZALES SEGOVIA, Christian, “Interpretación conforme a la Constitución, clave para la legitimidad democrática en el control constitucional normativo”, Tesis para obtener el grado de maestro en Derechos Humanos y Democracia, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, México D.F. 2014.
- VANEGAS FORERO, Helena, “Legitimidad de los Tribunales Constitucionales en el ejercicio del control de constitucionalidad. Estudio de jurisprudencia en Colombia”, Tesis para optar el título de abogado. Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2014.
- CANNILLA MOROZOVICH, Ana Laura, “Una aproximación al problema de la legitimidad del control de constitucionalidad desde las teorías de la interpretación jurídica”. Tesina para optar por el grado de Máster Oficial de Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2013.

1.3. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN:

1.3.1. JUSTIFICACIÓN:

El Tribunal Constitucional, en cuanto órgano encargado de defender el principio de supremacía de la Constitución, y con ella los derechos fundamentales; dada su naturaleza, ocupa un lugar importante no solo en estructura estatal, -por su relación con las instituciones de gobierno-, sino también en la sociedad peruana, tanto en su dimensión individual, como colectiva a través de las diversas instituciones que componen la sociedad civil. De esta manera, las decisiones que sean tomadas en su seno, tendrán un alto impacto en los diversos aspectos de la vida social, repercutiendo en las relaciones sociales, económicas, políticas y hasta culturales.

Sin embargo, la auto-consagración como supremo intérprete de la Constitución, puede generar que el proceso de control de constitucionalidad, resulte una actividad de tipo monológica y cerrada a los puntos de vista de la ciudadanía, hecho que resulta problemático, en una sociedad caracterizada por “lo plural”, lo que implica que en ella existe una serie de desacuerdos respecto al sentido último de cláusulas constitucionales.

Es en ese contexto que surge el cuestionamiento sobre la legitimidad democrática de estos órganos para realizar dichas prácticas, lo cual nos lleva a emprender la tarea de explorar aspectos filosóficos, respecto a cuestiones de carácter jurídico-político (partiendo de la doble naturaleza del derecho constitucional), como la noción de justicia, el derecho, el rol de los jueces, los valores, el Estado y la democracia, las cuales nos permitirán identificar el sustento teórico del actual modelo de control de constitucionalidad. Solo a partir de allí, se podrá pasar a un segundo nivel, donde estos fundamentos serán revisados a la luz

de la teoría de la democracia deliberativa, la cual se presenta como un modelo alternativo de legitimidad de las decisiones políticas, que pretende superar las “deficiencias democráticas” de los otros modelos.

De esta manera, se justifica la presente investigación, por la necesidad de explorar modelos teóricos alternativos de democracia, que permitan realizar ajustes institucionales en nuestro sistema jurídico que coadyuven a la resolución de conflictos de manera pacífica, adaptándose a la heterogénea realidad de nuestro país.

1.3.2. IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN:

La importancia del estudio radica en que una lectura del problema de la legitimidad democrática a la luz de una teoría alternativa al modelo actual de control constitucional (y sus presupuestos teórico-filosóficos) como es la teoría de la democracia deliberativa, permitirá develar las deficiencias de dicho modelo, y de esta manera, poder generar propuestas para superar la tensión Constitución/democracia que surge a partir de la institucionalización del Tribunal Constitucional como “supremo intérprete de la Constitución”, partiendo de la premisa de que el Estado Constitucional de Derecho, no debe entenderse como un proyecto acabado, sino en permanente construcción,

1.4. FORMULACIÓN DE LA PREGUNTA SIGNIFICATIVA:

PREGUNTA PRINCIPAL:

¿Cuáles son las condiciones que debe cumplir el control concentrado de constitucionalidad ejercido por los jueces constitucionales para resultar legítimamente democrático desde la perspectiva de la teoría de la democracia deliberativa?

PREGUNTAS SECUNDARIAS:

- a. ¿Son idóneos los mecanismos que propone la democracia deliberativa para aumentar el grado de legitimidad democrática del control de constitucionalidad ejercido por los jueces constitucionales?
- b. ¿Cuál es el grado de adecuación del Tribunal Constitucional en el ejercicio del control concentrado de constitucionalidad al ideal democrático deliberativo?

1.5. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.5.1. DELIMITACIÓN TEMÁTICA Y ESPECIFICIDAD:

La presente investigación se encuentra referida al área de Filosofía del Derecho Constitucional y Procesal Constitucional.

1.5.2. DELIMITACIÓN ESPACIAL

La investigación será realizada en el departamento, provincia y distrito de Tacna. Sin embargo, en términos jurídicos, la investigación se encuentra referida sobre la base de aquellos sistemas jurídicos establecidos en Estados autodenominados “Constitucionales”, con las características propias de tal modelo.

1.5.3. DELIMITACIÓN TEMPORAL

El periodo que se utilizará como parte de la investigación es abstracto, sin embargo, abarcará desde la entrada en vigor de la Constitución Política de 1993, con la creación del Tribunal Constitucional del Perú, hasta la actualidad.

1.5.4. DELIMITACIÓN SOCIAL

Aun no tratándose de una investigación de índole socio-jurídica, el factor social a que se incide en el desarrollo de la investigación, por la naturaleza de los procesos constitucionales en general y el procesos de inconstitucionalidad en particular, es conformado por quienes sean sujetos

de derechos en el Perú, por tanto, cada ser humano en forma individual y conjunta.

2. OBJETIVOS:

1.1. OBJETIVO GENERAL:

Identificar las condiciones que debe cumplir el control concentrado de constitucionalidad ejercido por los jueces constitucionales para resultar legítimamente democrático desde la perspectiva de la teoría de la democracia deliberativa.

2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

a. Evaluar la idoneidad de los mecanismos que propone la democracia deliberativa para aumentar el grado de legitimidad democrática del control de constitucionalidad ejercido por los jueces constitucionales.

b. Determinar el grado de adecuación del Tribunal Constitucional en el ejercicio del control concentrado de constitucionalidad al ideal democrático deliberativo.

CAPÍTULO II:
MARCO TEÓRICO:

1. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

1.1. El origen del control de constitucionalidad y el modelo de control difuso:

Se ha reconocido tradicionalmente como el origen del denominado control de constitucionalidad, el famoso caso de la justicia estadounidense “*Marbury vs. Madison*” de 1803, el cual como apunta Miguel Carbonell, fue fundamental para la construcción histórica del Estado Constitucional, al responder a la siguiente pregunta: “¿qué debe hacer un juez cuando en un caso del que esté conociendo se le presente al alternativa de aplicar una ley o aplicar la Constitución si entre ellas existe una contradicción?”¹⁶

El fallo tiene como origen, la elección presidencial de Thomas Jefferson en 1800. Antes de llegar al fin del periodo parlamentario, se aprueban dos leyes que creaban cargos judiciales menores, entre ellos 42 judicaturas de paz en Washington. En virtud de ello el presidente saliente John Adams, nombra en dos cargos a dos personas por su afinidad política (federalistas), entre ellos se encontraba William Marbury, expidiéndose sus credenciales, más no fueron entregadas por el Secretario de Estado James Madison, a partir de la orden del nuevo presidente en represalia al accionar de último momento de los federalistas. Marbury recurre a la Corte Suprema con el fin de que se ordene dicha entrega mediante un “*writ of mandamus*” o mandato de cumplimiento¹⁷. Lo importante para este trabajo de la sentencia expedida por el Juez Marshall, es que consagra la función de revisión judicial de la constitucional de las leyes, a través de lo que Nino denomina la “lógica Marshall”:

“Si una ley contraria a la Constitución es nula ¿obliga a los tribunales a aplicarla no obstante su invalidez, o bien en otras palabras no siendo ley constituye una norma operativa como lo sería

¹⁶ CARBONELL, Miguel. “*Marbury versus Madison: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad*”. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional N° 05, 2006. pp. 289-300. Pág. 298.

¹⁷ GACETA JURÍDICA, Guía Práctica sobre Proceso de Inconstitucionalidad, 1° edición, Editorial Gaceta Jurídica S.A., 2008, Lima, Pág. 15.

una ley válida? Sin lugar a dudas la competencia y la obligación del Poder Judicial es decidir qué es ley; si dos leyes entran en conflicto entre sí el Tribunal debe decidir acerca de la validez y aplicabilidad, del mismo modo, cuando una ley está en conflicto con la Constitución y ambas son aplicables al caso de modo que la Corte debe decidir conforme a la ley desechando la Constitución o conforme a la Constitución desechando la ley. La Corte debe determinar cuál de las normas en conflicto gobierna el caso. Esto constituye la esencia misma del deber de administrar Justicia. Luego, si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y ella es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución y no la ley la que debe regir el caso al cual ambas normas se refieren”¹⁸.

Sin embargo, podemos rastrear su desarrollo teórico hasta los orígenes de los Estados Unidos de América, en los debates en torno a las publicaciones tituladas “El Federalista”, siendo Alexander Hamilton, quien buscaría legitimar la facultad de ejercer la revisión judicial de las normas a partir de una serie de cualidades consideradas intrínsecas a la función judicial que lo convertirían en el “órgano menos peligroso”, señalando que:

“El judicial (...) no influye ni sobre las armas, ni sobre el tesoro: no dirige la riqueza ni la fuerza de la sociedad, y no puede tomar ninguna resolución activa. Puede decirse con verdad que no posee fuerza ni voluntad, sino únicamente discernimiento, y que ha de apoyarse en definitiva en la ayuda del brazo ejecutivo hasta para que tengan eficacia sus fallos (...) Aún cuando en ocasiones sean los tribunales de justicia los que oprimen a los individuos, la libertad general del pueblo no ha de temer amenazas (...) mientras (...) se mantenga realmente aislado tanto de la legislatura como del ejecutivo”¹⁹.

Respondiendo anticipadamente a los posibles cuestionamientos sobre la legitimidad popular de estos órganos para ejercer control de las normas emitidas por el poder legislativo, a partir de la acusación de “superioridad” del poder judicial sobre los otros poderes -como el legislativo-, argumentando que: “el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se encuentra en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán

¹⁸ NINO, Carlos, “La Filosofía del Control Judicial de Constitucionalidad”, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, N° 4, 1989, pp. 79-88. Pág. 79-80.

¹⁹Citado por GARCIA, José Francisco. “Tres aportes fundamentales de El Federalista a la Teoría Constitucional Moderna”. Revista de Derecho, Vol. XX – N°1, 2007. pp. 39-59. Pág. 45.

governarse por la última de preferencia a las primeras”²⁰ La función de defensa de la Constitución por los tribunales, buscaría desestimar aquellos cuestionamientos sobre la naturaleza y la posición que ocupaba el Poder Judicial respecto a los otros órganos, al ostentar una “representatividad de segundo grado”²¹, otorgado a partir de una “legitimidad indirecta”, que la daría el propio contenido de la Constitución, o la necesidad de defenderla frente a los excesos de otros poderes, incluso de aquellos que gozarían mayor legitimidad popular, como es el Poder Legislativo.

De esta manera, en el constitucionalismo norteamericano, -como apunta Pedro Grande- surge la figura del Poder Judicial como “garante de la estabilidad política y jurídica, al servir de poder de control y de garante de los derechos fundamentales reconocidos, convirtiéndose [...] en el más neutral de los poderes para preservar aquello que el pueblo a “exceptuado” de la deliberación política”²². Es decir, como un poder de contención ante la posibilidad de que los otros poderes puedan actuar violando los derechos fundamentales establecidos en la Constitución o que actúen fuera de los límites que les ha establecido; siendo que la legitimidad para proteger los derechos, valores y principios allí consagrados como inviolables habría surgido del acto “constituyente” en tanto de voluntad popular y no por su propio contenido, por lo que su defensa implicaría también la defensa de la soberanía popular frente a los actos legislativos que la contravengan.

Al producirse de forma incidental, este modelo adquiere un “perfil modal”, es decir, al producirse en el marco de un caso ordinario la declaración judicial se limita al caso concreto. Esta situación, puede ocasionar que con el mismo caso en otro momento pueda ser

²⁰ GARGARELLA, Roberto. “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”. *Isonomía : Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 6, 1997, pp. 55-70. Pág. 56.

²¹ ORUNESU, Claudina., *Óp. Cit.* Pág. 33.

²² GRANDEZ, Pedro, *Tribunal Constitucional y Argumentación Jurídica*, Editorial Palestra, 2010, Lima. Pág. 31.

presentado ante otro juez, el cual pueda variar de criterio. Frente a ello surge el principio de “stare decisis”, el cual consiste en la obligación de que los órganos inferiores deben orientarse por los criterios de los órganos superiores (aplicación vertical), así como de que los órganos judiciales deben seguir sus propios precedentes y evitar contradicciones (aplicación horizontal)²³.

De esta manera, el modelo americano se caracterizó en términos generales –como plantea Robert Alexy- por: 1) la invalidación de normas legales en virtud de contravenir valores o principios contenidos en la constitución, 2) la ponderación para la aplicación de principios, 3) la “omnipotencia” del poder judicial frente a la autonomía del legislador y 4) la omnipresencia y superioridad de la Constitución por sobre las normas ordinarias²⁴. Sin embargo, en términos más específicos, el diseño institucional estadounidense comprende: a) un sistema difuso, b) una vía incidental o de excepción, c) solo tiene efectos sobre el caso concreto, d) la aplicación del principio *stare decisis* y d) la Corte Suprema posee la “última palabra” sobre cuestiones constitucionales²⁵.

Por lo que, podemos definir al modelo de control difuso como aquel donde los jueces ordinarios pueden inaplicar una norma en un caso concreto en virtud del principio de supremacía constitucional (es decir, al identificar una contradicción entre la norma de rango infra constitucional y la Constitución), surtiendo efectos *interpartes*, lo que no implica su expulsión del ordenamiento jurídico. Este modelo prevaleció por más de un siglo, en un periodo en el que la función de control de constitucionalidad de los jueces generaba resistencias, producto de las reminiscencias de la

²³ HARO REYES, Dante, óp. cit. Pág. 48-49.

²⁴ LOFFLER, Ernesto, “John Marshall ¿Padre del control de constitucionalidad? Acerca de algunos precedentes que habrían inspirado su decisión en el caso ‘William Marbury versus James Madison’, Revista Digital del Poder Judicial de Tierra del Fuego, 2014. Pág. 6

²⁵ HARO REYES, Dante, “ Los sistemas de control de la constitucionalidad. Comentarios de la actualidad mexicana”, Revista Jurídica Jaliscience N° 53, 2015, pp. 43-70. Pág. 48-49

Revolución Francesa (las normas devienen en incuestionables al ser emitidas por el legislativo, representantes del pueblo soberano). Será hasta 1920, que la discusión toma un nuevo giro, al plantearse un nuevo modelo por Hans Kelsen: el modelo concentrado ²⁶.

1.2. Del modelo de control difuso al control concentrado:

A mediados de la década de 1920, *Hans Kelsen*, participa en la creación del Tribunal Constitucional Austriaco, constituyéndose en el órgano encargado del control de la constitucionalidad de las leyes, el cual debía ser distinto al Poder Legislativo y Ejecutivo (e incluso debe ser un órgano distinto a los de la “jurisdicción ordinaria”), para mantener su independencia, tomando en consideración que serán sobre las decisiones de estos que ejercerá dicha facultad; anulando los actos inconstitucionales, aplicando las normas constitucionales por sobre incluso las leyes del parlamento²⁷, consagrando de esta manera la supremacía constitucional. De esta manera, la labor de defensa de la Constitución es ejercida por un órgano específico, instituyéndose una acción con el fin de poder solicitar la declaración de inconstitucionalidad de determinada norma infraconstitucional.

Los efectos de la sentencia que declara la inconstitucionalidad por este órgano ad-hoc, al adquirir la calidad de cosa juzgada y efectos *erga omnes*, implica la imposibilidad de ser aplicada en el futuro, siendo retirada definitivamente del ordenamiento jurídico (lo equivalente a una derogatoria), impidiendo cualquier intento de “revivirla”²⁸.

²⁶VARGAS MURILLO, Alfonso, “Un acercamiento al problema de la legitimidad del control de judicial de constitucionalidad desde la teoría de la democracia deliberativa”, *Revista de Derecho Público*, año 27°, n° 53, 2018, pp. 105-120. Págs. 108-109.

²⁷ HERRERA, Carlos Miguel. “*La Polémica Schmitt-Kelsen sobre el Guardián de la Constitución*”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* N° 86, 1994, pp.195-227. Pág. 205.

²⁸ QUIROZ CASTRO, Cristian y Leandro PEÑA MERINO, “Control de Constitucionalidad”, *Revista Sur Academia*, N° 5, vol. 1, 2016, pp. 58-63. Pág. 61.

Este modelo se desarrolla y consolida en el marco de la evolución del Estado de Derecho, el cual requiere -siguiendo a Alexy- la imposición de ataduras institucionalizadas de contenido al poder democrático. La finalidad de dicho mecanismo es efectivizar los derechos contenidos en las constituciones, colocándolas en un espacio inviolable²⁹.

De esta forma, luego de los trágicos sucesos de la Segunda Guerra Mundial, muchos países europeos adoptan este modelo, al restablecer la vigencia de la Constitución Austriaca de 1929, en la Constitución de Italia de 1947 y la Constitución Alemana de 1949³⁰. Al respecto, Elena Highton, señala que la institucionalización de los tribunales constitucionales tuvo como fundamento la superación de los gobiernos totalitarios y el reinstalación de las democracias, convirtiéndose en un elemento indispensable para la construcción del “Estado de Derecho Constitucional”³¹.

La expansión de este modelo por Europa y en territorios lejanos como América Latina, Asia o África, siguiendo lo planteado por Favoreu, se produjo en sucesivas olas: 1) Periodo de entreguerras: a la par de los tribunales en países europeos como Austria y Checoslovaquia en 1920, Liechtenstein en 1921 y España en 1931, surge el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba en 1940. 2) Periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial hasta la década de los sesenta: el Tribunal Constitucional de Austria es reconstruido en 1945, surgen los tribunales de Italia en 1948, Alemania Federal en 1949, Francia en 1959, Turquía 1961 y Yugoslavia en 1963. 3) Décadas de los sesenta y ochenta: se crean en Europa los tribunales de Portugal en 1976, España en 1978,

²⁹ VARGAS MURILLO, Alfonso, “Un acercamiento al problema de la legitimidad del control de judicial de constitucionalidad desde la teoría de la democracia deliberativa”. Óp. cit. Pág. 109.

³⁰ CARPIZO, Jorge, El Tribunal Constitucional y sus Límites, Editorial Grijley, 2009, Lima. Pág. 23.

³¹ HIGHTON, Elena, Óp. Cit. Pág. 117

Bélgica en 1983, Polonia en 1985. En América Latina surgen los tribunales constitucionales de Guatemala en 1965 y 1985, el de Chile en 1970 y 1981 y el de Perú en 1979 y 1993. 4) Encontramos los tribunales de Albania, Bulgaria, Croacia, Eslovenia, Hungría, Lituania, Macedonia, Moldavia, Rusia, Rumania en Europa; así como el de Colombia en 1991, Bolivia en 1994 y Ecuador 1995 y 1999 en América Latina³².

Para Javier Pérez Royo³³, las principales características de este sistema son: el control de constitucionalidad recae en un órgano distinto a los tres poderes clásicos (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial) por lo cual se ejerce de manera concentrada por dicho órgano, el cual actúa solo a instancia de parte y basándose en criterios estrictos de legitimación, y por último su sentencia tiene la fuerza de una ley actuando el tribunal como “legislador negativo”, produciendo el efecto de expulsión del ordenamiento jurídico de la norma declarada inconstitucional desde la expedición del fallo. Para poder advertir mejor las características de este modelo, es necesario realizar un análisis comparativo con el modelo de control difuso, resumiéndose estas diferencias de la siguiente manera:

CONTROL DIFUSO	CONTROL CONCENTRADO
Cualquier órgano jurisdiccional ejerce control de constitucionalidad.	Un organismo especializado es el que ejerce control de constitucionalidad (Tribunal Constitucional u órgano supremo dentro de judicatura ordinaria).
Se evalúa la constitucionalidad en el marco de un proceso entre partes, en un caso concreto.	Se cuestiona la constitucionalidad directamente y de manera abstracta ante el organismo especializado.
Su eficacia es únicamente para las partes en el proceso.	La decisión del organismo especializado deja sin efecto el dispositivo declarado inconstitucional, de manera general.

Cuadro N° 01: GACETA JURÍDICA, Óp. Cit. Pág. 17.

³² NOGUEIRA, Humberto, óp. cit. Pág. 61.

³³ Citado por: QUIROZ CASTRO, Cristian y Leandro PEÑA MERINO, óp. cit. Pág. 61.

De esta manera, el también denominado “modelo europeo”, surge con la creación de los tribunales constitucionales como órganos que se encuentran por fuera de la estructura del Poder Judicial y se mantiene independiente del resto de ramas de gobierno, el cual se encuentra facultado (exclusivamente) a determinar la conformidad de una norma con el contenido de la Constitución, lo que se traduce en la realización de un control abstracto, expulsándola del ordenamiento jurídico de determinar su incompatibilidad con la norma fundamental.

Sin embargo como veremos en el siguiente acápite, la proliferación de este modelo por el resto del mundo -al igual que el modelo difuso-, no se produjo en “puridad”, evidenciándose una serie de transformaciones produciéndose modelos derivados.

1.3. Modelos derivados: modelo mixto y modelo dual:

La necesidad de adaptación de los modelos antes descritos a los diversos contextos en los que se han implementado mecanismos de revisión judicial de las leyes ha generado que en algunos países ambos modelos funcionen paralelamente (modelo dual) o se generen hibridaciones (modelos mixtos). Sobre el modelo dual, Domingo García Belaúnde señala: “es aquél que existe cuando en un mismo país, en un mismo ordenamiento jurídico, coexisten el modelo americano y el modelo europeo, pero sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse”³⁴. Respecto al modelo mixto, García Belaunde y Eguiguren sostienen que “se genera cuando se produce una mezcla de elementos constitutivos de los dos modelos clásicos, que dan lugar a un «tercero» que no es lo que son los dos anteriores, pero tampoco algo enteramente autóctono y original”³⁵. De esta manera, podemos identificar cuatro grandes sistemas de

³⁴ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo”, En La Ley, año LXII, N 197, 1998. Pág. 2

³⁵ EGUIGUREN, Francisco y GARCÍA, Domingo, “La evolución político-constitucional en el Perú: 1976-2005”. Estudios Constitucionales, año 6, n° 2, 2008, pp. 371-39. Pág. 380

control judicial de constitucionalidad: difuso, concentrado, mixto y dual.

A modo de ejemplo, en América Latina, coexisten estos modelos distribuidos de la manera siguiente:

SISTEMA O MODELO		PAÍS
Sistema judicial difuso que ejercen los tribunales ordinarios de justicia		Argentina
Sistema judicial concentrado en Corte Suprema		Uruguay
Sistema judicial concentrado en la Corte Suprema y en su Sala Constitucional		Paraguay Venezuela
Sistemas mixtos	Sistema de control judicial difuso en tribunales ordinarios y control concentrado en Tribunal Supremo	Brasil
	Sistema de control judicial difuso y control concentrado en Tribunal Constitucional	Colombia
Sistema de control de constitucionalidad dualista de tribunales ordinarios y control concentrado en tribunales constitucionales		Perú Ecuador
Sistema de doble control concentrado de constitucionalidad en Tribunal Constitucional (preventivo) y Corte Suprema (represivo)		Chile.
Sistema de control concentrado únicamente en Tribunal Constitucional		Bolivia

Cuadro N° 02: Elaborado en base a NOGUEIRA, Humberto, óp. cit. Pág. 62

2. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL PERÚ:

2.1. El proceso de inconstitucionalidad:

Hasta el año 1979, el Perú había adoptado el modelo americano de control de constitucionalidad establecido por el Código Civil de 1936. En el año 1979, con la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales se introduce el modelo europeo, pero conservando el control difuso, conociendo en instancia única la acción de inconstitucionalidad (art. 298). En la Constitución de 1993, dicho

órgano se transforma en el Tribunal Constitucional, manteniéndose el modelo dual o paralelo³⁶.

Al respecto, en el art. 296° de dicha norma fundamental, se establecía que el Tribunal de Garantías Constitucionales era “el órgano de control de la Constitución”, compuesto por nueve miembros, designados por el Congreso, el Poder Ejecutivo y la Corte Suprema de Justicia (tres cada uno). El sistema dual se consagra en el artículo 236° al prescribir que frente a la incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal en la jurisdicción ordinaria, el juez debe preferir la primera. En la Constitución Política del Perú de 1993, al transformarse en Tribunal Constitucional, según el artículo 201°, mantiene su condición de órgano encargado del control de la Constitución, sin embargo se reduce el número de miembros a siete, los cuales son elegidos exclusivamente por el Congreso de la República.

La Acción de Inconstitucionalidad, se encuentra establecida como garantía constitucional, en la Constitución Política del Perú vigente (1993) (en adelante CPP), en el artículo 200° inciso 4, donde se establece “que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo”. Al poseer dicha prerrogativa, el propio Tribunal Constitucional, se ha expresado respecto a su naturaleza, funciones y sobretodo su relación con los otros órganos estatales, señalando que:

“(...) es el órgano de control de la Constitución, no es uno más y esa es su principal función. Es autónomo e independiente y sólo está limitado por la Constitución, de la cual es su custodio y garante, porque así lo decidió el Poder Constituyente que le encomendó tal tarea. Por tanto, si bien como órgano constitucional no es superior a

³⁶MALPARTIDA, Victor, Cosa Juzgada constitucional vs. Cosa Juzgada Judicial. Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho con mención en Política Jurisdiccional, PUCP, Lima, 2012. Págs. 108-111.

*los Poderes del Estado ni a otros órganos constitucionales, tampoco está subordinado a ninguno de ellos, pues es autónomo e independiente, y sus relaciones se dan en un marco de equivalencia e igualdad, de lealtad a la Constitución, de firme defensa de la democracia y de equilibrio. En efecto, en nuestra época el equilibrio no es solo entre poderes del Estado, puesto que las Constituciones modernas han creado órganos constitucionales autónomos que antes no existían. Tal principio también debe regir las relaciones entre los poderes del Estado y los órganos constitucionales y de estos últimos entre sí*³⁷.

En dicho párrafo el Tribunal Constitucional, ha tocado una serie de aspectos que podrían generar un debate bajo sus propios términos como su rol en “defensa de la democracia”, su legitimidad a partir del encargado dado por el Poder Constituyente o la afirmación de que no es superior a otros órganos. Toda vez que, si bien el Tribunal Constitucional se ha establecido como el órgano de control de la Constitución, sin embargo no es “cualquier” órgano, toda vez que el art. 1° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se ha establecido su condición como “supremo intérprete”, criterio replicado en su Reglamento Normativo (art. 1°).

Respecto a quienes se encuentran legitimados para interponer una acción de inconstitucionalidad, se ha comprendido en el art. 203° de la Constitución Política del Perú, los siguientes: el Presidente de la República, el Fiscal de la Nación, el Presidente del Poder Judicial, con acuerdo de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, el Defensor del Pueblo, el veinticinco por ciento del número legal de congresistas, cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones; si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas anteriormente señalado; los Gobernadores Regionales con acuerdo del Consejo Regional, o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Concejo, en

³⁷ STCP recaída en el Exp. N.° 00047-2004-AI/TC, de fecha 8 de mayo de 2006, fundamento 33

materias de su competencia, así como los colegios profesionales, en materias de su especialidad. Del mismo modo, el Proceso de Inconstitucionalidad se encuentra regulado en el Código Procesal Constitución de manera general junto a la Acción Popular del artículo 75° a 83°, de manera específica, del artículo 98° al 108°, asimismo resultan aplicables en tanto proceso llevado a cabo ante el Tribunal Constitucional le son aplicables los artículos 117°, 119° y 121°.

Si bien, como dijimos anteriormente, el control concentrado de constitucionalidad es un modelo que se basa fundamentalmente en el control abstracto de una norma infraconstitucional respecto a su compatibilidad con las normas constitucionales. Ello implica que el proceso de inconstitucionalidad presente una dimensión fundamentalmente objetiva, el propio Tribunal Constitucional ha reconocido que pese a ello existe una dimensión subjetiva “en la medida que son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, según establece el artículo II del Título Preliminar del CPConst”³⁸. En ese sentido, el Tribunal Constitucional, puede realizar valoraciones respecto a actos concretos que se hayan realizado bajo el amparo legal de la norma cuestionada, lo que no supone que esté resolviendo el problema – como lo haría una sentencia de la jurisdicción ordinaria-; sino tiene como finalidad “otorgarle un canon valorativo constitucional-función de valoración, para la resolución del presente proceso de inconstitucionalidad³⁹”, lo que fundamentaría –según el Tribunal Constitucional- en su “vocación subjetiva de preservar los derechos fundamentales de las personas”⁴⁰.

³⁸ STC Exp. Nº 0020-2005-PI/TC y Exp. Nº 0021-2005-PI/TC (acumulados), Fundamento 16. Citado en: GACETA JURÍDICA, óp. cit. Pág. 11

³⁹ STC Exp. Nº 0002-2005-PI/TC, Fundamento 2. Citado en: Ibidem. Pág. 12

⁴⁰ STC Exp. Nº 0020-2005-PI/TC y Exp. Nº 0021-2005-PI/TC (acumulados), Fundamento 18. Citado en: Ibidem. Pág. 13

El art. 200°, inciso 4), de la Constitución Política de 1993, establece las normas que pueden ser objeto de control de constitucionalidad vía acción de inconstitucionalidad, expandiendo el rango de normas que habían sido comprendidas en el art. 298° de la Constitución Política de 1979, como podemos observar en el siguiente cuadro:

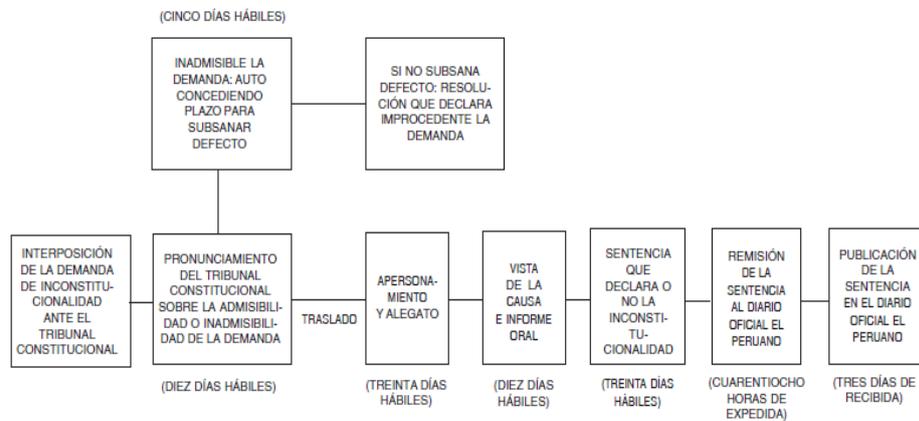
NORMAS OBJETO DE CONTROL	
Constitución de 1979	Constitución de 1993
Artículo 298	Artículo 200, inciso 4
Leyes Decretos legislativos Normas regionales de carácter general Ordenanzas municipales	Leyes Decretos legislativos Normas regionales de carácter general Ordenanzas municipales Decretos de urgencia Tratados Reglamentos del Congreso

Cuadro N° 03: GACETA JURÍDICA, óp. cit. Pág. 27.

Del mismo modo, el artículo 77° del Código Procesal Constitucional, establece que la demanda de inconstitucionalidad procede contra las normas que poseen rango de ley como: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados que hayan requerido o no la aprobación del Congreso conforme a los artículos 56 y 57 de la Constitución, Reglamento del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales.

El proceso de inconstitucionalidad se tramita de la siguiente forma:

ESQUEMA



Cuadro N° 04: GACETA JURÍDICA, óp. cit. Pág. 167

Para pronunciarse sobre el fondo, el artículo 5° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, establece como requisitos en dicho proceso el quórum de cinco de sus miembros, salvo para resolver y adoptar acuerdos que requieran mayoría simple en Sala Plena. Criterio que ha sido recogido del mismo modo en el art. 10° del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. Al día siguiente de la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de una norma, esta queda sin efecto. Sin embargo, esta sentencia no posee efectos retroactivos (Art. 204° CPP).

2.1.1. La participación de “otros sujetos” en el proceso de inconstitucionalidad:

Como veremos más adelante, la democracia deliberativa supone procesos amplios de discusión en condiciones de igualdad de todos los presuntamente afectados. Es por lo que al momento de analizar la posibilidad de intervención de los “presuntamente afectados” en el proceso de inconstitucionalidad, encontramos que el Tribunal Constitucional ha ido ampliando el espacio de participación de

sujetos distintos a las partes propiamente dichas⁴¹. De esta manera es posible reconocer dos clases de sujetos que intervienen en este proceso: los legitimados y no legitimados.

2.1.1.1. Los legitimados:

Los litisconsortes, pueden clasificarse fundamentalmente en: necesario y facultativo. En el primer caso, se refiere a que se incorpora a una persona al proceso en cuanto la decisión judicial va a afectarla de manera directa, al originarse la controversia a partir de una relación material. La segunda se refiere a que si bien existen personas que respecto a una relación material no se encuentran ligadas directamente, se puede ver afectada por una decisión judicial. Se reconoce un tercer tipo como cuasi-necesario⁴².

Respecto a la incorporación de litisconsortes facultativos, como apunta Landa, se produjo a partir de un proceso de inconstitucionalidad⁴³ contra una demanda regional demandado por el Presidente de la República en el cual 31 miembros del Congreso de la República solicitaron incorporarse al proceso invocando esta figura⁴⁴. De esta forma, el Tribunal Constitucional ha previsto su participación⁴⁵ en virtud de su “autonomía procesal” que le faculta regular sus procesos por medio de su jurisprudencia. , a partir de Ello debido a que entiende es titular de una “autonomía procesal” que le permite complementar y desarrollar la regulación procesal

⁴¹ Ver. fundamento 17 de la ATC 0025-2005-PI/TC, fundamento 3 de la ATC(O') 0004-2008-PI/TC y fundamento 4 de la ATC 0006-2009-PI/TC. MONTOYA CHÁVEZ, Víctor, *El Proceso de Inconstitucionalidad en la Jurisprudencia (1996-2014)*, Centro de Estudios Constitucionales-Tribunal Constitucional del Perú, Lima. 2014. Pág. 263.

⁴² GACETA JURÍDICA, Guía práctica sobre proceso de inconstitucionalidad, Editorial Gaceta Jurídica, 2008, Lima. Pág. 111-112

⁴³Exp. N° 020-2005-AI/TC

⁴⁴ LANDA, Cesar, “Autonomía Procesal del Tribunal Constitucional: La experiencia del Perú”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XV, 2009, pp. 277-310. Pág. 295.

⁴⁵ RTC Exp. N° 0020-2005-PI/TC.

constitucional a través de su jurisprudencia⁴⁶. De esta manera, ha optado por admitir la incorporación como litisconsorte facultativo, a los órganos que se encuentran legitimados activamente para participar en este proceso “dentro de las características y limitaciones propias de un proceso objetivo como este”⁴⁷.

2.1.1.2. No legitimados:

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, con el fin de aportar sus puntos de vista respecto al objeto del proceso ha reconocido a su vez la participación de “otros” sujetos procesales, los cuales se consideran “sujetos procesales atípicos” y su participación se basa en determinadas cualidades relacionadas con una determinada materia⁴⁸. De este tipo encontramos los siguientes:

a) Partícipe:

Si bien, esta figura no ha sido reconocida en la normativa constitucional, el Tribunal Constitucional –al igual que en el caso de los litisconsortes- ha contemplado la posibilidad de participación de estos sujetos a través de su jurisprudencia, en virtud de los fines que persigue el proceso de inconstitucionalidad, afirmando asumir una concepción pluralista de la interpretación constitucional⁴⁹, buscando el enriquecimiento de los puntos de vista en el proceso de inconstitucionalidad, asumiendo que dicha participación no tiene como fundamento un interés propio⁵⁰. En este sentido, El TC se ha

⁴⁶ Sin embargo, como ha reconocido dicho órgano, esta función posee límites: “a) por la regulación constitucional y legal en donde se han establecido los principios fundamentales del proceso constitucional (al no estar habilitado para ampliar sus competencias con base en dicho principio); b) con base en el uso del Derecho Constitucional material, pero que lo faculta, por ejemplo, a integrar las lagunas existentes en las prescripciones procesales legales que se detectan mediante su interpretación y tomando para ello instituciones procesales, evitando trasladarlas mecánicamente; y, c) por el lugar que ocupa el Derecho Procesal Constitucional dentro del ámbito del Derecho Procesal general, aunque sin perder de vista las singularidades de la jurisdicción constitucional y de los principios que la inspiran”. GACETA JURÍDICA, Óp. Cit. Pág. 112-113

⁴⁷ Fundamentos 4 y 5 de la STC 0009-2008-PI/TC

⁴⁸ MONTOYA CHÁVEZ, Victor Hugo, Óp. Cit. Pág. 264.

⁴⁹ ídem. Respecto a esta “concepción pluralista” que mantendría el TC, nos referiremos más adelante.

⁵⁰ LANDA, Cesar, óp. cit. Pág. 296.

expresado en el fundamento 23 de la ATC(A) 0025-2005-PI/TC, proceso en el cual fueron incorporados el Consejo Nacional de la Magistratura y la Academia de la Magistratura como partícipes en un proceso de inconstitucionalidad planteado contra el art. 22° inciso c de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura (Ley N° 26397), en la cual justificaron dicha intervención con la finalidad de aportar sus puntos de vista para contribuir a la propia interpretación del Tribunal en el momento de la toma de decisión⁵¹.

De esta manera, como señala Víctor Montoya Chávez, a partir de la lectura de los procesos donde se ha admitido o rechazado la participación de terceros⁵². Luego del análisis de la pertenencia de la institución que pretende incorporarse como partícipe en el proceso de inconstitucionalidad, como se ha establecido en diversas resoluciones emitidas por el TC⁵³, al incorporarse al proceso se le ha de notificar con la demanda y contestación, facultándolo a presentar un informe escrito, el cual podrá ser sustentado en la vista de la causa. La resolución que incorpora al proceso al partícipe debe notificarlo con la demanda y la contestación. A este le asiste la posibilidad de presentar un informe escrito, y, luego, ser notificado para su intervención en la audiencia de vista de la causa, lo cual no puede considerarse como una contestación de demanda, estableciéndose un plazo adecuado para dicha intervención⁵⁴.

⁵¹ MONTOYA CHÁVEZ, Víctor Hugo, Óp. Cit. Pág. 264. En el mismo sentido se ha expresado en el Fundamento 1 de la ATC(O) 0001-2009-PI/TC

⁵² El autor recoge los siguientes casos: ATC 0007-2007-PI/TC, ATC 0001-2009-PI/TC, ATC 0006-2009-PI/TC, ATC 0006-2009-PI/TC, STC 0016-2007-PI/TC, ATC 0010-2006-PI/TC, ATC 0001-2012-PI/TC, ATC 0007-2012-PI/TC, ATC 0006-2006-PI/TC, STC 0009-2008-PI/TC; ATC 0020-2009-PI/TC, ATC 0013-2010-PI/TC, ATC(P) 0018-2010-PI/TC, ATC 0007-2012-PI/TC. Asimismo, señala "Un poder del Estado, por las consecuencias directas de la norma con rango de ley que se pueda estar cuestionando, tiene el obvio y justo interés de participar en el proceso a cargo de la alta investidura de este Tribunal Constitucional, siempre que se haya admitido su calidad de partícipe". MONTOYA CHÁVEZ, Víctor Hugo, Óp. Cit. Pág. 264.

⁵³ Como por ejemplo las resoluciones STC 0025-2005-PI/TC, ATC 0006-2009-PI/TC, ATC(N) 0033-2005-PI/TC; ATC(O) 0007-2007-PI/TC, ATC(O) 0007-2007-PI/TC.

⁵⁴ MONTOYA CHÁVEZ, Víctor Hugo, Óp. Cit. Pág. 265-266.

De esta manera, la participación de sujetos externos a los legitimados se produce en virtud a las necesidades y las cualidades que tienen dichos sujetos para poder responder frente a ellas, teniendo como parámetro, que dicha intervención “no ocasione el entorpecimiento del procedimiento ni de las actuaciones procesales ordenadas por este, en tanto director del proceso”⁵⁵. Así la diferenciación entre partícipe y las partes propiamente dichas, implica la limitación de su accionar, no pudiendo –por ejemplo- solicitar abstenciones, pedir nulidades, ni deducir excepciones⁵⁶.

En los últimos 10 años, el Tribunal Constitucional el Tribunal Constitucional ha admitido 13 solicitudes para intervenir en los procesos como partícipes:

PARTÍCIPE	EXPEDIENTE
Fuero Militar Policial	0001-2009-PI y 0022-2011-PI
CNM	0006-2009-PI
PJ	0006-2009-PI
PCM	0001-2012-PI, 0003-2015-PI y 0012-2015-PI
Fonavistas	0007-2012-PI
Minedu	0016-2014-PI
BCRP	0025-2013-PI
Contraloría	0006-2012 y 0020-2015-PI
Sunedu	0023-2014-PI
Universidad de Alto Amazonas	0015-2015-PI

Cuadro N° 05: SAR, Omar, óp. cit. Pág. 205

b) Tercero propiamente dicho:

Además de la incorporación de los “partícipes”, el Tribunal Constitucional ha previsto la participación de “terceros propiamente dichos”. Ello en virtud –como apunta Victor Hugo Montoya- de la dimensión subjetiva de este proceso, en el cual “no

⁵⁵ LANDA, Cesar, óp. cit. Pág. 297.

⁵⁶ MONTOYA CHÁVEZ, Víctor Hugo, Óp. Cit. Pág. 266. Al respecto ver: Fundamento 4 de la STC 0007-2007-PI/TC; fundamento 21 de la STC 0025-2005-PI/TC y otro; fundamento 3 y punto resolutivo 1 de la ATC 0022-1996-AI/TC

solo se garantiza la primacía de la Constitución, sino también los derechos constitucionales de los concretos colectivos de personas que tienen relación estrecha en la resolución de la controversia”⁵⁷. La participación de estos sujetos está limitada por determinadas condiciones, siendo la primera que las personas naturales solo intervienen a través de entidades privadas, presentando su abogado un informe oral. Estas entidades deben acreditar contar con la personería jurídica debida, tener un objeto relativo a la pretensión demandada y por último gozar de un “alto grado de representatividad social”⁵⁸. Al respecto es necesario precisar que la exigencia de un alto grado de representatividad social puede convertirse en una barrera para la participación de ciertos grupos minoritarios y que producto de la inexistencia de un tejido asociativo lo suficientemente denso⁵⁹. Como señala documenta Omar Sar, en los últimos 4 años se han admitido 17 solicitudes de intervención como tercero. La participación de terceros a través de las asociaciones en el proceso de inconstitucionalidad se ha dado de la siguiente manera:

⁵⁷ Ídem.

⁵⁸Íbidem. Págs. 266-267.

⁵⁹MARTÍ, Joel, Jordi PASCUAL y Oscar REBOLLO, Participación y desarrollo urbano en medio comunitario: experiencias y reflexiones, IEPALA Editores, Madrid, 2005. Pág. 53.

TERCEROS	EXPEDIENTE
Sindicatos	0025-2013-PI, 0013-2014-PI y 0021-2014-PI
Representantes de comunidades nativas	0003-2015-PI, 0012-2015-PI, 0012-2017-PI y 0004-2018-PI
Afocat	0005-2015-PI y 0006-2015-PI
Asociación de universidades	0023-2014-PI
Asociación de pensionistas	0011-2014-PI y 0002-2018-PI
Unión de Galleros del Perú	0022-2018-PI
Clínica Universidad del Pacífico	0012-2018 y 0013-2018-PI
Ministerio de Agricultura	0018-2014-PI y 0022-2014-PI
Congresista Víctor Andrés García Belaunde	0002-2017-PI y 0005-2017-PI

Cuadro N° 06: SAR, Omar, óp. cit. Pág. 206.

c) *Amicus curiae*:

Podemos entender por *amicus curiae* (traducido como amigo del tribunal) como un instituto de derecho procesal, el cual permite que determinados sujetos que no son parte procesal, presenten sus razonamientos a partir de la incidencia colectiva o interés público que genera el caso, aportando a la consecución de la justicia⁶⁰. En otros términos, según Víctor Bazán:

“[...] se trata de un tercero o persona ajena a un proceso en el que se debaten cuestiones con impacto o trascendencia públicos, que al contar con reconocidas trayectoria e idoneidad en el asunto en examen presenta al tribunal interviniente consideraciones jurídicas u otro tipo de referencias sobre la materia del litigio, a través de un documento o informe. Puede por ejemplo suministrar consideraciones relativas a principios y elementos de derecho interno y/o internacional de relevancia, o bien información estadística, económica, histórica o de otra índole útil para la resolución del caso”⁶¹.

⁶⁰ ECHEVERRÍA, Hugo, “El Amicus Curiae: perspectivas para su uso desde el derecho ambiental”, Temas de análisis N° 31, 2013, Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental, Quito, pp. 1-6. Pág. 3.

⁶¹ BAZÁN, Víctor, “*Amicus Curiae* (Amigo del Tribunal o de la Corte)”. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; Fabiola MARTINEZ y Giovanni A. FIGUEROA (Coord.), Diccionario de Derecho Constitucional y Convencional, Poder Judicial de la Federación – Consejo de la Judicatura Federal, Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, México, pp. 54-56. Pág. 54.

Si bien esta figura no está contemplada en el Código Procesal Constitucional, la encontramos en el artículo 13°-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, el cual señala:

“Artículo 13-A.- El Pleno o las Salas pueden solicitar los informes que estimen necesarios a los órganos de gobierno y de la administración y requerir respuesta oportuna de ellos, de acuerdo al artículo 119 del Código Procesal Constitucional; así como solicitar información del (los) amicuscuriae (amicicuriarum), si fuera el caso, que permita esclarecer aspectos especializados que puedan surgir del estudio de los actuados”.

Del mismo modo, a través de sus resoluciones ha señalado el Tribunal Constitucional, que “bajo la figura del amicuscuriae, cualquier persona, entidad pública o privada nacional o internacional, que no teniendo la condición de parte, puede intervenir a efectos de ofrecer aportes técnicos o específicos especializados sobre la materia objeto de controversia”⁶². De esta manera coadyuvarían a la resolución de la causa, a través de la emisión de informes con el fin de que los jueces no pasen por alto determinados aspectos jurídicos o técnicos relativos a la pretensión demandada. Si bien deja abierta la posibilidad de participar como *amicus curiae* a diversas entidades, el Tribunal Constitucional se ha expresado respecto a la participación e instituciones específicas, como la Defensoría del Pueblo⁶³, a partir de las funciones encomendadas por el artículo 162° de la Constitución.

Una vez instalado el proceso, el Tribunal Constitucional de considerarlo necesario y pertinente solicita a determinada persona o entidad que se apersona en calidad de *amicus curiae* para la

⁶² Fundamento 1 del ATC N° 06040-2015-PA/TC

⁶³ En el fundamento 11 de la STC recaída en el Exp. N° 0020-2005-PI/TC y Exp. N° 0021-2005-PI/TC (acumulación), señala que “el apersonamiento al proceso de personas o entidades en calidad de *amicuscuriae*, se encuentra sujeto a la previa solicitud realizada por este Colegiado, lo que no ha sucedido en el presente caso. No obstante, considerando las tareas que el constituyente ha reservado a la Defensoría del Pueblo (artículo 162 de la Constitución), este Colegiado entiende prudente atender las consideraciones planteadas por el referido órgano constitucional”.

emisión del informe correspondiente, sin embargo, excepcionalmente por la naturaleza de las funciones de determinados órganos constitucionales, estos pueden intervenir como *amicus curiae* sin que haya sido solicitada su participación por el colegiado⁶⁴. Desde el 2015 se han admitido 11 solicitudes para intervenir como *amicus curiae*⁶⁵.

2.1.1.2.1. La participación efectiva de los no legitimados:

En la última década, la participación de los no legitimados a través de las figuras de partícipes, terceros y *amicus curiae* se ha dado de la siguiente forma:

	PARTIPE	TERCERO	AMICUS
2009	3	0	0
2010	0	0	0
2011	0	0	0
2012	3	0	0
2013	0	0	0
2014	0	0	0
2015	2	2	2
2016	3	3	0
2017	2	3	0
2018	0	9	9

Cuadro N° 07: SAR, Omar, “La participación de los ciudadanos en el proceso de inconstitucionalidad”, Gaceta Constitucional, Tomo 137, 2019, pp. 201-208. Pág. 205

Del cuadro, podemos observar que a inicios de la última década, la participación de los no legitimados se producía a través de la figura del partícipe, es decir principalmente instituciones estatales. El año 2015, se activa paralelamente las figuras del tercero y *amicus curiae*. Sin embargo al año 2018, la figura del partícipe pierde presencia y se empieza a admitir en mayor volumen que los años anteriores la participación de representantes de la sociedad civil como terceros y en la misma proporción los *amicus curiae*.

⁶⁴ MONTOYA CHAVEZ, Victor Hugo, óp. Cit. Pág. 267.

⁶⁵ SAR, Omar, óp. cit. Pág. 206.

Sin embargo, como señala Omar Sar⁶⁶, esta receptividad creciente del Tribunal Constitucional hacia la participación de los no legitimados, debe tener como efecto que los magistrados tomen en cuenta los argumentos de las partes que intervienen. Por lo que resulta positivo que en algunas sentencias (como en los Expedientes N°s 0012-2018-PI y 0013-2018-PI acumulados) incluya en los fundamentos de su decisión, los fundamentos de los partícipes, terceros y *amicus curiae*. Asimismo, con la finalidad de no dejar fuera del proceso deliberativo diversas razones, resulta necesario establecer a través del reglamento plazos “claros” para presentar la solicitud de intervención en estos procesos.

3. POSTURAS FRENTE AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD:

El control de constitucionalidad, desde su origen ha suscitado una serie de debates, generando una serie de posturas, llegando a considerarse como uno de los problemas fundamentales de la filosofía constitucional actual. El “problema” del control de constitucionalidad ejercido por los jueces en los Estados Constitucionales, puede resumirse -como lo plantea John Hart Ely- de la siguiente manera:

“Desde luego, los tribunales crean derechos todo el tiempo y, al hacerlo, puede suponerse que se busca en las fuentes habituales de la interpretación libre “los principios fundamentales” de la sociedad, o algo así, pero por fuera del campo de la adjudicación constitucional, o bien llenan los vacíos que ha dejado el legislativo en las leyes que ha sancionado o, quizás, asumen un ámbito propio cuyo desarrollo ha dejado la legislatura a cargo de la rama judicial...De allí la principal función, que constituye al mismo tiempo el problema principal del control constitucional: un cuerpo que no es electo, ni es políticamente responsable de otra manera significativa, les está diciendo a los representantes elegidos por el pueblo que no pueden gobernar como

⁶⁶ SAR, Omar, óp. cit. Pág. 208.

*lo desean. Esto puede ser no deseable, dependiendo de los principios a los que se recurra para justificarlo*⁶⁷.

Frente a esta situación, el debate se ha polarizado entre dos grandes posturas: desde aquellas que consideran indispensable para la construcción del Estado Constitucional de Derecho, en cuanto son los jueces los llamados a defender la Constitución, y a los valores que ésta encarna frente a los abusos que podrían cometer las mayorías a través de una comprensión “ilimitada” de la soberanía popular; y por el otro, quienes consideran que el control de constitucionalidad, ejercido desde la posición de “supremo intérprete” de los jueces constitucionales, resulta un obstáculo para la construcción de la democracia, sobretudo en sociedades complejas y culturalmente heterogéneas, donde prima el desacuerdo sobre el contenido de la Constitución, excluyendo la posibilidad de diálogo y construcción colectiva de significado de los preceptos constitucionales.

3.1. La democracia constitucional del neo-constitucionalismo:

Para poder hablar sobre neoconstitucionalismo, como teoría constitucional, debemos ubicarnos en el contexto del paso del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho, es decir, el proceso de “constitucionalización del ordenamiento jurídico”⁶⁸. De esta manera, los Estados que buscan afirmarse como Estados Constitucionales han incorporado una serie de arreglos institucionales que pretenden garantizar el carácter supremo de sus constituciones. Sin embargo, como advierte Alfonso Santiago, este proceso no ha sido del todo homogéneo, por lo que cuando hablamos del proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico, nos referimos a “una realidad compleja que tiene aspectos diferenciales en cada uno de los países, de acuerdo con su tradición

⁶⁷ ELY, John H., Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional. Siglo del Hombre, 1997, Bogotá. Pág. 23

⁶⁸ Citado por BARBERIS, Mauro. “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”. Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana n° 31, 2001, pp.325-340. Pág. 327.

jurídica y constitucional previa, su sistema jurídico y la naturaleza y función institucional de sus respectivos poderes judiciales y tribunales constitucionales”⁶⁹.

En este sentido, el paso al Estado Constitucional de Derecho implica que al convertirse en vinculantes las normas constitucionales dado su carácter normativo y al ubicarse en un nivel superior a los poderes estatales y fuera de la pugna política, los coloca en un plano de indisponibilidad⁷⁰, esto trajo consigo el reforzamiento de la función jurisdiccional, al convertirse en el órgano encargado de garantizar esta situación.

De este modo, cobra centralidad la protección de los derechos fundamentales y la importancia de una determinada comprensión de los derechos humanos en la labor que desarrollan los jueces, verificándose lo que se ha denominado como “omnipresencia constitucional”, al “invadir” totalmente el ordenamiento jurídico. Es por ello que en este modelo requiere el establecimiento de garantías constitucionales, agregando que “esta nueva realidad lleva al crecimiento del rol y de la importancia de la magistratura, que pasa a ocupar un lugar institucional clave, bien diverso del modelo legicentrista decimonónico imperante anteriormente en Europa”⁷¹.

De esta manera, los principios, valores y fines contenidos en estas nuevas constituciones, se colocan en el centro de la reflexión jurídica en clave neoconstitucional, constituyendo esto un proceso de “rematerialización” o “remoralización” del derecho, lo que implica el establecimiento de nuevas técnicas para la interpretación constitucional (sobre principios y reglas), surgiendo la ponderación

69 SANTIAGO, Alfonso, “*Neoconstitucionalismo*”, Anales de la Academia de Ciencias Morales y Políticas – Instituto de Política Constitucional, 2008, pp. 3-26. Pág. 9.

70 VELASCO CANO, Nicole & Jairo VLADIMIR LLANO, “Teoría del derecho, neoconstitucionalismo y modelo de Estado constitucional”, *Novum Jus*, Vol. 9 N. 2, 2015, pp. 49-73. Pág. 52

71 SANTIAGO, Alfonso, *Óp. Cit.* Pág. 8

como método utilizado para completar o reemplazar el método subsuntivo⁷².

La presencia de nuevos elementos y el peso de estos en la argumentación constitucional como son los principios, es tal vez, una de las señales que mejor nos permiten observar el cambio de paradigma, en tanto la subsunción y el viejo silogismo jurídico han dado paso a formas más sofisticadas de argumentación, dado el peso que se le ha dado a los derechos en estas constituciones (estableciéndose en un espacio de indisponibilidad), todo pronunciamiento respecto a ellas requiere una mayor justificación. Es por ello que, como como señala Pedro Grández:

“los jueces reivindican el nivel máximo de exigencias de racionalidad en el sometimiento del poder al Derecho, convirtiéndose al mismo tiempo, en garantes de un espacio irreducible, propio también del Estado Constitucional: El neoconstitucionalismo se legitima y legitima también la actuación de los jueces a partir de la defensa de los derechos fundamentales”⁷³.

Esto llevaría a establecer y promover, una nueva relación entre el Poder Judicial, los otros órganos estatales y la sociedad civil, para el logro de dichos fines “Los jueces deben controlar y aun suplir a los demás poderes para garantizar los derechos y hacer efectivas las promesas constitucionales”⁷⁴. Lo que en un extremo implicaría incluso, la posibilidad de actuar frente a omisiones legislativas, pudiendo declarar lo que se conoce como “inconstitucionalidad por omisión”, tomando una posición más activa que la de mero “legislador negativo” (como trataremos más adelante)..

Tres son los argumentos de los defensores de este modelo que pretenden legitimar la justicia constitucional: la jurisdicción constitucional garantiza la vigencia de la democracia al tutelar los derechos procedimentales y sustantivos, protege los derechos de

⁷² SANTIAGO, Alfonso, “Neoconstitucionalismo”, Óp. Cit. Pág. 11-12

⁷³ GRÁNDEZ, Pedro, Óp. Cit., Pág. 36.

⁷⁴ SANTIAGO, Alfonso, “Neoconstitucionalismo”, Óp. Cit. Pág. 13.

grupos minoritarios y permite asegurar la fuerza normativa de la Constitución⁷⁵.

Del mismo modo, como señala Alfonso Santiago, frente al aumento en la discrecionalidad de las cortes constitucionales en detrimento de los poderes políticos, se han erigido una serie de argumentos para justificar esta situación, como por ejemplo:

“carácter operativo de los derechos constitucionales y los reconocidos en los Tratados Internacionales; utilización del principio “pro homine” para escoger las normas que mayor tutela y protección otorguen a los derechos de las personas; análisis intensivo de razonabilidad por parte de los jueces, especialmente en materia de “libertades preferidas”; máxima protección del derecho a la privacidad y a la autonomía personal; máxima tutela del derecho a la igualdad que se transforma en derecho a la no discriminación y surgimiento de las denominadas “categorías sospechosas”, con una clara presunción de inconstitucionalidad; surgimiento de los denominados derechos sexuales; efectivización de los derechos sociales; protección judicial de derechos colectivos; vasto desarrollo de la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión; obligatoriedad de seguir las pautas de los tribunales internacionales; control de “convencionalidad” y no sólo de constitucionalidad de las normas internas; flexibilidad y distintas clases de sentencias que pueden dictar los tribunales constitucionales: formulación de recomendaciones, fijación de plazos para la mejora y adecuación a las exigencias constitucionales. Estas medidas permiten la coordinación de las funciones de los tribunales constitucionales con la de los otros poderes. Se trata de las denominadas sentencias aditivas y exhortativas”⁷⁶.

Así, se presenta una gama de nuevas prerrogativas que poseen los Tribunales Constitucionales ligados a fines que resultarían difíciles de conseguir de otro modo. Por su parte, Susana Pozzolo⁷⁷ a partir de una lectura de Dworkin, Alexy, Zagrebelsky y Nino, señala que el neoconstitucionalismo posee cuatro características principalmente planteadas de la siguiente forma: principios versus normas, ponderación versus subsunción, Constitución versus independencia del legislador y jueces versus libertad del legislador.

⁷⁵ RIVERA LEÓN, Mauro, “Jurisdicción constitucional: ecos del argumento contramayoritaria”, Revista Mexicana de Derecho Constitucional N° 22, 2010, pp. 223-260. Pág. 247.

⁷⁶ SANTIAGO, Alfonso, “Neoconstitucionalismo”, Óp. Cit. Pág. 17-18.

⁷⁷ POZZOLO, Susana, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, Revista Doxa N° 21-II, 1998, pp. 339-353. Págs. 340-342.

La primera característica se refiere a la irrupción de los principios en el ordenamiento jurídico, y sus caracteres diferenciales respecto a las normas -en peso e importancia por ejemplo- en tanto estándares normativos o “valores morales positivizados”, los que al ser expresados en el texto de forma vaga e imprecisa, exige que los jueces a partir de la interpretación y la argumentación puedan desprender del texto constitucional normas y principios para resolver las controversias.

La segunda, se refiere a que frente a la peculiaridad de los principios y para poder cumplir con los fines que se les ha asignado, exige un método especial en tanto no siguen la lógica de aplicación-inaplicación del clásico silogismo judicial con el método subsuntivo, el cual se denominan “ponderación” o “balanceo”. Este método se basa en tres pasos: la identificación de los principios aplicables al caso, son sopesados estableciendo una jerarquía en términos axiológicos de dichos principios otorgándoles un peso, y esta jerarquización se produce respecto al caso concreto, pudiendo prevalecer los principios de menor peso en otro caso.

La tercera se refiere al condicionamiento de la validez de las normas de rango infraconstitucional al contenido “material” o “sustancial” de la Constitución, asimismo, obliga su observación en tanto guía del proceso de producción normativa debiendo adecuarse a dicho contenido (cumpliendo una función análoga a la que tuvo anteriormente el Derecho Natural), convirtiéndose la ley en un instrumento que permite mediar entre las exigencias prácticas y las exigencias constitucionales y respecto a la cuarta característica, se refiere a la misión encargada a los jueces de adecuar la legislación a las normas constitucionales, interpretándolas a la luz de las exigencias de una determinada teoría de la justicia, incorporando la interpretación moral al basarse en los valores y principios que

inspiran el sistema jurídico, constituyéndose como un elemento racionalizador del mismo..

Habiendo caracterizado el lugar del juez en el Estado Constitucional de Derecho para el neo-constitucionalismo, podemos observar que las dos últimas características, están directamente relacionadas con la teoría de la democracia, en cuanto incorporan cuestiones sobre representatividad y legitimidad; lo que para las teorías neoconstitucionales no implicaría un problema, en tanto tales atribuciones se ven justificadas por el propio texto constitucional, en tanto expresión del Poder Constituyente, el cual es una voluntad superior a los órganos derivados, incluso por aquellos que poseen mayor grado de representatividad como el Poder Legislativo

3.2. Las “objeción democrática” a la revisión judicial de las leyes:

Frente, a los argumentos legitimadores del control de constitucionalidad a través de la revisión judicial de las leyes (en sus dos versiones: difuso y concentrado) con el fin de defender el principio de supremacía constitucional, surge una posición crítica, que se resume bajo la denominaciones de “Objeción Democrática”, “Objeción Contra-mayoritaria”, o “Argumento Contra-mayoritario”, la cual pone como cuestión central, la idoneidad de estos órganos para ejercer el control de las decisiones de los otros poderes, reconociendo una serie de “dificultades” en este proceso, planteadas inicialmente por Bickel⁷⁸.

⁷⁸ “1) El nombramiento de los jueces en la mayoría de los ordenamientos está reservado a la discrecionalidad de los otros poderes. 2) La duración en los cargos judiciales no parece avenirse con los ideales democráticos. 3) Como controlador de los actos de los restantes poderes a la luz de la Constitución, parece convertirse en un contrapeso excesivo y a la vez no controlable por los otros poderes que sí encarnan la voluntad popular. 4) En consecuencia, la función de los jueces no garantizaría el proceso democrático que instaura la Constitución pues, no representando al pueblo y siendo, en principio, inamovibles en sus cargos, no podrían decidir en favor de los intereses de aquél”. VERLY, Hernán. “El Argumento Contramayoritario: Justificación del control judicial de constitucionalidad”. Diario “El Derecho” – Diario del 1/10/91. Pág. 1. Disponible en: <http://www.alfarolaw.com/tapa/HV%20-%20Argumento%20Contramayoritario.pdf>

Para V. Ferreres Comella son tres las circunstancias que originan la dificultad “contramayoritaria”: 1) el menor grado de legitimidad de los jueces frente al parlamento producto de la elección popular de este último órgano respecto al primero, 2) la rigidez constitucional, al no poder neutralizar con facilidad la declaración de inconstitucionalidad de un juez estableciendo un proceso gravoso y 3) el carácter controversial de la interpretación de los preceptos constitucionales⁷⁹. De esta manera, ante la imposibilidad o enorme dificultad de responder a la declaración de inconstitucionalidad (vía –por ejemplo- reforma constitucional), implica que la interpretación de los jueces va a primar por sobre cualquier otro órgano, es por ello que en este modelo se pueda observar (y es el blanco de la mayoría de críticas) la supremacía del órgano judicial por sobre los otros órganos.

Para Barry Friedman -como apunta Mauro Rivera León- la objeción o “crítica contramayoritaria” surge en determinados contextos y ante la presencia de cuatro factores: como la denomina, surge en contextos específicos y ante determinadas decisiones que reúnen cuatro factores:

“1. La impopularidad de una decisión ante un grupo sustancial capaz de alegar que habla por “las personas” o por una mayoría; 2. La determinada concepción democrática imperante (una visión que en mayor medida favorezca la democracia directa); 3. El grado de determinación que se presuma en los preceptos constitucionales, y 4. Que tales decisiones hayan sido tomadas en momentos de verdadera supremacía constitucional”⁸⁰.

De esta manera, la objeción democrática, surge como respuesta a la insatisfacción de determinadas condiciones que exige una visión democrática particular que linda con el modelo de democracia directa y –como desarrollaremos más adelante- con la democracia deliberativa.

⁷⁹ Citado por: BELLOSO, Nuria, “Algunos dilemas sobre la jurisdicción constitucional”, Revista do Direito UNISC N° 34, 2010, pp. 134-154. Pág. 140.

⁸⁰ RIVERA LEÓN, Mauro, “Jurisdicción constitucional: ecos del argumento contramayoritaria”, Revista Mexicana de Derecho Constitucional N° 22, 2010, pp. 223-260. Pág. 234.

Este movimiento cobró fuerza en Norteamérica, a partir de trabajos como los de Mark Tushnet, Larry Kramer, Robert Post, Reva Siegel y Barry Friedman, quienes fueron configurando una corriente denominada “Constitucionalismo Popular”, siendo los puntos centrales de su agenda: “la limitación de la supremacía judicial y la elaboración de la doctrina constitucional como una agencia colectiva, cuyo protagonista es el pueblo”⁸¹. Ana Micaela Alterio ha identificado en dicha corriente, los siguientes objetivos::

“Flexibilizar la constitución y excederla; 2) Desafiar la supremacía judicial –y en ciertos casos incluso impugnar cualquier forma de control judicial de constitucionalidad-; 3) la interpretación extrajudicial de la constitución; 4) La democratización y participación en las instituciones políticas y económicas; 5) La recuperación de la relación entre derecho y política”⁸².

Los autores que se identifican con esta corriente, a pesar de sus divergencias respecto a algunos aspectos secundarios, sostiene Roberto Gargarella, comparten los siguientes criterios: Desafiar la supremacía judicial, Ir en contra de una “sensibilidad anti-popular”, defensa de una interpretación extrajudicial, el derecho fuera del derecho (los impulsos sociales jusgenerativos), e impulsar una mayor democracia y participación⁸³.

Post y Siegel, a su vez, son considerados dentro de una sub-corriente del constitucionalismo popular, denominada “constitucionalismo democrático”. Esta sub-corriente, no objeta la función de control judicial de las leyes en cuanto permite garantizar la supremacía e integridad de la constitución y vincula los órganos estatales con los derechos fundamentales; sin embargo “introducen y enfatizan la distinción entre control judicial de constitucionalidad y supremacía judicial; entre la posibilidad de

⁸¹NIEMBRO, Roberto. “Una Mirada al Constitucionalismo Popular”. ISONOMÍA No. 38, 2013, pp. 191-224. Págs. 196-197.

⁸²ALTERIO, Ana Micaela, “Corrientes del Constitucionalismo Contemporáneo a Debate”, Óp. Cit. Pág. 254.

⁸³FLORES, Daniel. “Aproximación al Constitucionalismo Popular”, Cognitio Iuris, año II, n° 4, 2012, pp. 32-38. Pág. 36.

que un tribunal tenga la última palabra y la posibilidad de que tenga la única palabra”⁸⁴.

Esta postura, no es uniforme ni lineal, y posee matices; sin embargo en su variante más radical podemos encontrar a Mark Tushnet, quien propone la erradicación del control judicial, en cuanto los tribunales no son entes infalibles, pueden errar, por ello considera que la política sería el medio idóneo para que la gente logre la protección de los Derechos “quitando la Constitución de la mano de los jueces”; siendo solo justificada su presencia para garantizar ciertas precondiciones como el derecho al voto, la posibilidad de realizar críticas al gobierno y la privacidad, e intervenir en injusticias extremas; sin embargo considera que pese a dichas atribuciones, su participación en el proceso de defensa de los derechos hace una diferencia mínima⁸⁵.

Si bien, el fin primigenio de estos estudios fue poner en cuestión los orígenes de la historia constitucional estadounidense, sus planteamientos, han trascendido la academia norteamericana al punto de poner en cuestión el desarrollo de todo el constitucionalismo occidental desde el siglo XX. Una de las ideas que tiene especial importancia en nuestro entorno es la propuesta de Larry Kramer, plantea que la supremacía judicial genera “desincentivos” a la participación ciudadana en las cuestiones constitucionales, argumento que resulta importante, sobre todo en sistemas que han institucionalizado “la última palabra”, respecto a la interpretación constitucional (en nuestro caso, materializada en el Tribunal Constitucional), donde se “el monopolio judicial sobre la Constitución se ha pintado como algo inexorable e inevitable,

⁸⁴ GARCÍA, Leonardo, Óp. Cit. Pág. 86.

⁸⁵ NIEMBRO, Roberto. Óp. cit. Pág. 199.

como algo que fue pensado para ser así y que nos salva de nosotros mismos”⁸⁶.

De esta manera, Kramer pone en cuestión la exclusividad de la interpretación judicial de la Constitución, sin embargo, esto no quiere decir que deba sustituirse por una interpretación exclusivamente “popular”, pues, como señala Niembro, para Kramer, “la orientación por uno u otros atiende a la visión que se tenga de la función de los jueces y de la capacidad de la gente para interpretar la Constitución, y no a una supuesta predisposición de los jueces para hacer mejores interpretaciones”⁸⁷. Tomando en cuenta sobretodo que en el seno de la sociedad prima el desacuerdo sobre el significado de las disposiciones constitucionales y por ende, sobre los derechos que la Constitución reconoce. Estos desacuerdos, según Micaela Alterio, serían desacuerdos “racionales” y de “buena fe” sobre los derechos fundamentales, lo que tiene las siguientes implicancias:

“los populares en general ponen énfasis en la posibilidad de desacuerdos racionales y de buena fe sobre la interpretación de los derechos fundamentales. Esta premisa va seguida de ciertas consecuencias: 1) al no poder establecerse algún criterio de verdad externo para resolver esas diferencias, tenemos que apelar a algún procedimiento para la toma de decisiones 2) las diferentes opiniones, en una democracia, deben respetarse de igual manera y tener el mismo valor al momento de tomar la decisión, 3) por tanto, sería insultante que un grupo de personas (los jueces) se yergan como superiores en sus opiniones frente a otras (legisladores, ciudadanía, etc.), 4) los procedimientos abiertos a la participación de todos los interesados dan legitimidad a la decisión, 5) se requiere una justificación intrínseca y no meramente instrumental de esos procedimientos para que sean legítimos, 6) todas las decisiones son revisables y falibles porque del hecho de que hoy triunfe una por ser la mayoritaria, no se desprende que mañana no pueda prevalecer una opinión diferente, 7) la disputa entre las distintas interpretaciones sobre el contenido constitucional es una disputa política, 8) la constitución es producto de una decisión política, 9) por eso la constitución es un documento jurídico- político y 10) es revisable, pues es producto de la voluntad popular prevalente en un momento determinado”⁸⁸.

⁸⁶Ibíd. Pág.197.

⁸⁷Ibíd. Pág. 98.

⁸⁸ ALTERIO, Ana Micaela, “Constitucionalismo popular”, Revista Eunomia Nº. 10, abril – septiembre 2016, pp. 158-165. Págs. 160-161.

Esta naturaleza política de la interpretación constitucional, implica comprenderlo como un proceso abierto al disenso. De esta manera, la afirmación de la “mejor interpretación” de los tribunales como habrían afirmado los partidarios del neoconstitucionalismo, habría que relacionarla con la propuesta de Alexy para conciliar el control de constitucionalidad y la democracia, al afirmar que los tribunales constitucionales, ejercen una “representación argumentativa” del pueblo, señalando en contra de las críticas a este modelo que en el proceso de la revisión constitucional pueden conectarse con “lo que la gente realmente piensa” y que es posible lograr la objetividad en la argumentación constitucional en “un grado considerable”, lo cual, no deja sino más que preguntas, como las que plantea Roberto Gargarella: “¿Cómo podríamos saber lo que los ciudadanos “realmente piensan”? ¿Qué sería eso? ¿Cómo se podría determinar? ¿Y cuál sería la relevancia de ese hecho, para alguien -como Alexy- que está interesado en la consecución de decisiones objetivamente correctas?”⁸⁹.

De esta manera, Roberto Gargarella, desafiaría los argumentos que buscan legitimar el control de constitucional, como los planteados inicialmente por Hamilton, y que han sido recogidos por autores neo-constitucionales para justificar la revisión judicial de las leyes, formulando tres argumentos u objeciones:

- El argumento histórico, cuestiona la idea de que los jueces al realizar el control de constitucionalidad, realizan una defensa de la “voluntad del pueblo”, materializada en la Constitución, sin embargo, planteando como ejemplo, el caso de la Constitución de los Estados Unidos de América, negará que la Constitución refleje dicha voluntad, en cuanto, por ejemplo, en

⁸⁹ GARGARELLA, Roberto. “Alexy y la Representación Argumentativa de los Tribunales”, 2017. Obtenido de Constitucionalista: Doctrina, Jurisprudencia y Legislación: <http://www.constitucionalista.net/alex-y-la-representacion-argumentativa-de-los-tribunales/>

dicho contexto “Los esclavos, las personas de color, las mujeres, los que no tenían una posición económica decente, no participaron ni directa ni indirectamente del proceso constitucional”⁹⁰.

- El argumento “inter-temporal”, recogiendo algunas ideas de Bruce Ackerman, plantea que si consideramos que la Constitución fue producto de un momento en el cual la sociedad se autoconvoca y surge esta como resultado de un consenso “popular, profundo y meditado”, y ante la posibilidad de que en el transcurso del tiempo nos encontremos frente a un consenso con las mismas características, “¿Qué razón vamos a tener si es que se presenta un caso semejante, para hacer prevalecer la voluntad de unos sujetos tal vez ya muertos hace mucho tiempo, sobre la voluntad actual de la ciudadanía?”⁹¹.
- El argumento sobre la interpretación, sostiene, que cuando se afirma que el juez interpreta la Constitución, no hace más que señalar lo que decían los Constituyentes, se asume que esta actividad no presenta problema alguno, sin embargo, en la práctica vemos que los jueces incorporan en muchos casos “soluciones normativas que no estaban –al menos explícitamente- incorporadas en el mismo [...] entonces, asumen la tarea que decían no estar asumiendo: la de reemplazar a los legisladores- a la voluntad ciudadana, en general- en la resolución de cuestiones fundamentales”⁹².

De esta manera, respecto a la crítica democrática a la justicia constitucional que realiza esta corriente, Ana Micaela Alterio –a partir de una lectura de Gargarella, Balkin y Waldron- concluye que

⁹⁰ GARGARELLA, Roberto. “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, Óp. Cit. Pág. 57.

⁹¹ Ídem. Pág. 57.

⁹² íbidem. 59-60.

no se desprende que los populares consideren aboguen por una interpretación mayoritaria de la Constitución, sino que proponen que detrás de la interpretación constitucional debe haber una teoría de la democracia, una que implique la posibilidad de participar en igualdad de condiciones sobre las cuestiones constitucionales, lo que equivaldría a no sustraer de la deliberación democrática los derechos fundamentales⁹³.

Es decir, propone frente a las controversias constitucionales un proceso que permita la construcción colectiva de significados, partiendo del presupuesto de los desacuerdos, antes que un proceso cerrado en el que un solo actor o institución posea tales prerrogativas (o esté configurada de tal forma) que este proceso se convierta en un mero “monólogo” judicial.

4. LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA:

4.1. Origen y definición:

La democracia deliberativa, en tanto modelo de democracia, ha sido objeto de una larga discusión entre las diversas tradiciones teóricas y ha sido utilizada como etiqueta para identificar diversos fenómenos⁹⁴. Si bien la democracia deliberativa es un modelo de democracia que pretende prevalecer frente a otros modelos en el debate contemporáneo sobre la democracia, no es una discusión nueva. De esta manera, la propuesta teórica de la democracia deliberativa retoma las discusiones clásicas referidas a la democracia como “sociedad política” y también del debate contemporáneo sobre el rol de la deliberación en la construcción de

⁹³ ALTERIO, Ana Micaela, “Constitucionalismo popular”, óp. cit. Pág. 161.

⁹⁴PARKINSON, John, *Deliberating in the Real World: Problems of Legitimacy in Deliberative Democracy*, Oxford University Press, 2006, New York, Págs. 2-3.

la democracia; abordando cuestiones relativas al método de toma de decisiones políticas, al espacio y tiempo de la deliberación, los actores que participan del procedimiento deliberativo, los fines de la deliberación así como sobre la justicia y el bien común⁹⁵.

Así, la democracia deliberativa, al menos en la forma en la que la conocemos en la actualidad, retoma las discusiones sobre una serie de tópicos que han estado presentes a la largo de la historia del pensamiento filosófico-político, y que han sido actualizadas (sin que ello implique el agotamiento del debate) en el marco del moderno Estado de Derecho y la democracia constitucional.

Adela Cortina señala que podemos encontrar como antecedente de la teoría (contemporánea) de la democracia deliberativa, en la idea de comunidad política de la Atenas clásica, donde los ciudadanos deliberaban en asambleas para tomar decisiones y recurrían a la ponderación exponiendo públicamente las ventajas y desventajas de las alternativas relativas a la controversia⁹⁶. De esta manera, en el siglo V a.C. Pericles -como documentó Tucídides- en su elogio a Atenas, afirmó que los ciudadanos, aunque ocupados con sus asuntos privados, podían ser jueces imparciales respecto a las cuestiones públicas y señala que la discusión para la toma de decisiones públicas no debe ser percibido como un obstáculo, al contrario, posibilita las decisiones sabias. Asimismo, calificó duramente, como inútiles, a aquellos ciudadanos que no participa en este proceso⁹⁷. También Aristóteles en su obra *“La Política”*

⁹⁵ ORTIZ, Sergio, *“Deliberando sobre la democracia deliberativa. los dilemas de la deliberación pública”*, Acta republicana política y sociedad año 5, n° 5, 2006, pp. 53-64. Pág. 54

⁹⁶ CORTINA, Adela, *“Democracia deliberativa”*, en: RUBIO C. José; Ana M. SALMERÓN y Manuel TOSCANO M. (eds.), *Ética, ciudadanía y democracia*, Contrastes: Colección Monográfica N° 12, Málaga, 2007, pp. 143-161. Pág. 144.

⁹⁷ *“Our public men have, besides politics, their private affairs to attend to, and our ordinary citizens, though occupied with the pursuits of industry, are still fair judges of public matters; for, unlike any other nation, we regard the citizen who takes no part in the duties not as unambitious but as useless, and we are able to judge proposals even if we cannot originate them; instead of looking on discussion as a stumbling-block in the way of action, we think it an indispensable preliminary to any wise action at all”* Citado por ELSTER, Jon,

recogería la esencia y los beneficios de la deliberación al afirmar que: “la palabra es para manifestar lo conveniente y lo dañino, lo justo y lo injusto (...) y la comunidad de estas cosas es lo que constituye la casa y la ciudad”⁹⁸.

Sin embargo, será recién a fines del siglo XX que se produce el “giro deliberativo de la democracia”, afirmándose que el primero que la utilizó (en la forma en la que entendemos actualmente la democracia deliberativa) fue Josep M. Bessette en su obra “*Deliberative Democracy: The Majority Principle in Republican Government*”, en la cual criticaría las interpretaciones elitistas de la Constitución, surgiendo desde entonces, a fines de los ochenta como Bernard Manin (1987) y Joshua Cohen (1989) y a principios de los noventa Habermas (1992) como Rawls (1993) una corriente dentro de la filosofía política y de la teoría de la democracia en particular, que colocaría en el centro de la reflexión sobre la democracia a la deliberación⁹⁹. Antonio Florida¹⁰⁰, divide el proceso de desarrollo del “giro deliberativo” de la democracia (comprendido específicamente entre 1980-1993) en los siguientes periodos: 1) la fase de transición e innovación respecto a los modelos de democracia participativa de los 60s y 70s (Mansbridge); 2) las primeras formulaciones de inicios de los 80s elaboradas desde/sobre el contexto estadounidense (Ackerman, Bessette, Sunstein, Michelman); 3) la fase constituyente, con la publicación de los textos fundamentales a fines de los 80s, donde se delinear los márgenes teóricos de este modelo de democracia (Elster, Manin, Cohen); 4) la fase de articulación y superposición

“Introduction”, en Jon Elster (comp.), *Deliberative Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998, pp. 1-18. Pág. 1.

⁹⁸ Citado por CORTINA, Adela, “Democracia deliberativa”, Óp. Cit. Pág. 143.

⁹⁹ CORTINA, Adela, “Democracia deliberativa”, en: RUBIO C. José; Ana M. SALMERÓN y Manuel TOSCANO M. (eds.), *Ética, ciudadanía y democracia*, Contrastes: Colección Monográfica N° 12, Málaga, 2007, pp. 143-161. Pág. 143.

¹⁰⁰ FLORIDIA, Antonio, “*The origins of the deliberative turn*”, Andre Bächtiger, John S. Dryzek, Jane Mansbridge & Mark Warren (eds.), *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy*, Oxford University Press, New York, pp. 1-21. Pág. 2.

de la democracia deliberativa con otras perspectivas teóricas, a inicios de los 90s, nutriéndose de los aportes de la teoría y ciencia política, así como empieza a funcionar como paradigma disciplinas como análisis de políticas (Fishkin, Dryzek); y 5) La consolidación de sus bases filosóficas, con la publicación de “Facticidad y validez” en 1992 (Habermas) y “Liberalismo político” en 1993 (Rawls).

Si bien, esta corriente no es del todo homogénea, podemos identificar ciertos caracteres comunes. Por ejemplo, Rawls desarrolla la idea de “equilibrio reflexivo” la cual presupone la posibilidad de la deliberación moral y Habermas propone la “situación ideal del discurso”, la cual posibilita la deliberación sobre fines y significados. Ambas reflexiones parten de la idea de que una decisión política para ser legítima debe ser el resultado de la deliberación entre agentes morales, libres e iguales¹⁰¹. Por lo que cualquier concepto de democracia deliberativa, como plantea Fishkin, se desarrolla a partir de dos elementos fundamentales: igualdad política y deliberación”¹⁰².

Con el propósito de poder observar cómo se han articulado estos elementos en los diversos conceptos de democracia deliberativa, Nicolás Alles recoge cuatro que nos permitirán identificar las principales características de este modelo. Según Joshua Cohen, la democracia deliberativa se basa en:

“el ideal intuitivo de una asociación democrática en la cual la justificación de los términos y condiciones de esa asociación se realizan a través de la argumentación pública y el razonamiento entre ciudadanos iguales. Ciudadanos que en cuyo régimen comparten el compromiso de resolver sus problemas de elección colectiva a través del razonamiento público, y de considerar sus instituciones básicas

¹⁰¹ ELSTER, Jon, Óp. Cit. Pág. 5

¹⁰² FISHKIN, James, *When the People Speak: Deliberative Democracy & Public Consultation*, Oxford University Press, 2009, New York. Pág. 1.

como legítimas en la medida en que éstas establecen el marco para la deliberación pública y libre”¹⁰³

Para James Bohman, el modelo deliberativo de la democracia consiste en que “la deliberación pública de los ciudadanos entendidos como libres e iguales es el núcleo de la toma legítima de decisiones políticas y del autogobierno”¹⁰⁴. En ambos conceptos, la interacción discursiva de los ciudadanos (miembros de la asociación política) en los términos de igualdad y libertad legitiman las decisiones políticas. Resulta importante resultar que estos principios (igualdad y libertad) se garantizan en la idea de autogobierno colectivo (Bohman) y el compromiso de los ciudadanos con el razonamiento público como método de resolución de conflictos elegido por los ciudadanos (Cohen); es decir, la dimensión democrática y la dimensión deliberativa. Por otro lado, para Simone Chambers:

“La deliberación es el debate y la discusión orientados a producir opiniones bien informadas y razonables en los cuales los participantes están dispuestos a revisar sus preferencias a la luz de la discusión, de la nueva información y de las aseveraciones hechas por otros ciudadanos. Aunque el consenso no necesita ser el fin último de la deliberación y se espera que los participantes persigan sus intereses, lo que caracteriza a la deliberación, al menos en términos ideales, es un interés general en la legitimidad de los resultados (entendida ésta como una justificación frente a todos los afectados).”¹⁰⁵

En este concepto, encontramos otros elementos. La deliberación, como una práctica argumentativa que tiene como presupuesto que las participantes deben estar dispuestos a cambiar de opinión a la luz de mejores razones. De esta manera, si bien el consenso puede resultar deseable, la finalidad de esta actividad es que las decisiones se basen en los mejores argumentos para lo cual debe

¹⁰³ Citado por: ALLES, Nicolás, Legitimidad deliberativa. Sobre las relaciones entre democracia, deliberación y conocimiento, Tesis para optar por el grado de Doctor en Filosofía, Universidad Nacional de la Plata, 2017, La Plata. Pág. 36

¹⁰⁴ Ídem.

¹⁰⁵ Citado por : Ibídem. Págs. 36-37

garantizarse el proceso comunicativo. Asimismo, la participación de los que serán afectados por la medida resultante será su condición de legitimidad. Un concepto más omnicompreensivo, es el que propone Jane Mansbridge:

“Aunque la deliberación pueda ser definida, en términos generales, como “una comunicación que induce a la reflexión sobre las preferencias, los valores y los intereses de una manera no coercitiva”, la democracia deliberativa implica una decisión vinculante para los participantes o para aquellos que están autorizados a hablar en su nombre. (...) La deliberación debería, en términos ideales, estar abierta a todos los afectados por esa decisión. Los participantes deberían tener igual oportunidad de influir en el proceso, tener iguales recursos y estar protegidos por los derechos básicos. El proceso de “dar razones” es obligatorio y central. En dicho proceso, los participantes deberían tratarse mutuamente con respeto e igual consideración. Deberían escucharse mutuamente y darse razones que los otros puedan comprender y aceptar. Deberían apuntar a encontrar términos justos de cooperación entre personas libres e iguales. Deberían hablar francamente. El criterio que distingue de manera más clara los mecanismos deliberativos de aquellos no-deliberativos para la decisión democrática es aquel ideal regulativo según el cual, el poder coercitivo debe estar ausente en los mecanismos puramente deliberativos. Los participantes no deben tratar de modificar el comportamiento de otros a través de la amenaza de sanción o el uso de la fuerza.”¹⁰⁶

Podemos descomponer la descripción de Mansbridge para comprender mejor los diversos aspectos de la democracia deliberativa. Primero, la deliberación, no es cualquier proceso de diálogo, es un proceso de argumentación el cual tiene como finalidad la toma de una decisión que resultará obligatoria para sus participantes. Luego, respecto a los participantes, estos deben tener garantizadas ciertas condiciones básicas que permitan su participación en el proceso deliberativo en condiciones de igualdad (por ello, es que se habla de los derechos como precondiciones de la democracia deliberativa). Asimismo, la democracia deliberativa exige a los participantes una actitud respecto a los otros participantes de respeto y reconocimiento mutuo. Por último, el cumplimiento de tales condiciones daría como resultado la

¹⁰⁶ Citado por: ALLES, Nicolás, Óp. Cit. Pág. 36

implementación de mecanismos institucionales, los cuales se identificarán por optimizar el valor del diálogo por sobre otras formas de resolución de conflictos.

De los rasgos identificados, podemos señalar que temas estos no son ajenos a los elementos que han compuesto históricamente el debate sobre la democracia (por ejemplo, ciudadanía, espacio público, participación, etc.) no son ajenos a esta concepción de la democracia. Es así que frente a los dos modelos “clásicos” de democracia (liberal y republicana), De esta manera, se hace referencia al problema de la supuesta irreconciliabilidad de la libertad de los modernos (derechos privados subjetivos) base de la democracia liberal y la libertad de los antiguos (derechos políticos de participación y comunicación relativos al autogobierno ciudadano) planteada por Isaiah Berlín. Habermas plantea su superación sosteniendo que tanto Rosseau como Kant concebían el origen de ambos elementos en la idea de autonomía moral y política por lo que “ni los derechos fundamentales liberales pueden ser puestos meramente encima de la praxis de autodeterminación como límites externos, ni pueden ser meramente instrumentalizados por ella”¹⁰⁷.

En este sentido, la democracia deliberativa se presenta como un tercer modelo, que en Habermas parte de la teoría del discurso como fundamentación, el cual integra elementos de ambas a través de un procedimiento ideal de deliberación para la toma de decisiones, estableciendo una “interna conexión entre negociaciones, discurso de autoentendimiento, discursos relativos a cuestiones de justicia, y sirve de base a la presunción de que bajo tales condiciones se obtienen resultados racionales o ‘fair’”¹⁰⁸. Por

¹⁰⁷ HABERMAS, Jürgen & John RAWLS, El debate sobre el liberalismo político, Paidós, 1998, Barcelona. Pág. 66

¹⁰⁸ HABERMAS, Jürgen, “Tres modelos de democracia. Sobre el concepto de una política deliberativa”, Polis [En línea], N° 10, 2005, pp. 1-9. Pág. 6. Disponible en: [http:// journals.openedition.org/polis/7473](http://journals.openedition.org/polis/7473)

lo que, Habermas propone superar la tensión entre ambos modelos articulando los elementos de ambos de una forma diferente y colocando el foco de la legitimidad de las decisiones políticas en el proceso comunicativo. María Guerra, compara estos tres modelos, partiendo del modelo de democracia deliberativa de Habermas, de la siguiente manera:

LIBERALISMO	REPUBLICANISMO	DEMOCRACIA DELIBERATIVA
Distinción público/privado: se ponen límites a los contenidos del discurso público.	Distinción público/privado: se ponen límites a los contenidos del discurso público.	No hay distinción público/privado: los temas de la agenda pública se definen en la deliberación pública.
Neutralidad del Estado en asuntos privados.	Separación de lo público y las cuestiones económicas y privadas.	Definición de lo justo y toma de medidas políticas a partir de la deliberación pública.
Predominio de lo correcto (<i>right</i>) sobre los criterios de la vida buena.	La ciudadanía configura la identidad de los individuos, y los integra en el bien común.	La identidad ciudadana es una identidad fluida que implica una actitud reflexiva y crítica de los individuos.
Los ciudadanos son considerados portadores de derechos. La solidaridad no es una virtud necesaria para la ciudadanía.	La solidaridad se considera una interdependencia mutua entre ciudadanos.	La solidaridad significa interpretar y atender las necesidades de los otros.
Predominio de la libertad negativa: importancia de los derechos individuales frente a los demás y al Estado. No interferencia.	Predominio de la libertad positiva, entendida como no dominación y autogobierno.	Tanto la libertad negativa como la libertad positiva son interdependientes y co-origenarias.
Los derechos políticos son instrumentales respecto a los intereses privados (visión agregativa de la esfera pública).	Los derechos políticos constituyen un fin en sí mismos. Identificación de los intereses privados con el interés público (visión integradora de la esfera pública).	Relevancia de los derechos políticos como derechos de participación (visión integradora).
El poder político es algo ajeno a los ciudadanos.	El poder reside en la acción de la ciudadanía.	El poder político es poder comunicativo y reside en la acción de la ciudadanía. Importancia de la sociedad civil.
La política es una actividad instrumental para armonizar intereses particulares.	La política es un fin en sí misma y confiere dignidad a la ciudadanía.	La política es un fin en sí misma y arraiga en la racionalidad comunicativa.
No exige grandes obligaciones cívicas a la ciudadanía.	Requiere ciudadanos que ejerciten la virtud cívica en el transcurso de sus acciones públicas.	Necesita ciudadanos preparados en la deliberación capaces de desentenderse de sus intereses privados.

Cuadro N° 08: GUERRA, María José, óp. Cit. Pág. 116.

La autora sostiene que la teoría habermasiana de la democracia, en comparación de los otros modelos, propone una inclusión radical de la ciudadanía en el proceso de toma de decisiones públicas. Para ello el Estado, debe garantizar las libertades negativas y las

libertades positivas en tanto posibilitan dicha participación, conciliando la protección de los derechos y el respecto a la soberanía popular, considerando a ambos igualmente importantes¹⁰⁹. El punto de equilibrio se logra en tanto, el modelo deliberativo de la democracia deliberativa, resulta más exigente en términos democráticos que la democracia liberal y más débil que el modelo republicano en tanto no depende solo de la acción de la ciudadanía, sino de los procedimientos institucionalizados¹¹⁰. Procedimiento de diálogo, que legitimaría las decisiones políticas frente al hecho ineludible de la existencia de desacuerdos profundos en la sociedad en materia de preferencias e intereses (Habermas) o morales (Rawls)¹¹¹.

Una comparación que incluye los modelos resultantes de la evolución de la teoría de la democracia, siguiendo a Nino y a Martí, es la que propone Ignacio Giuffré. El autor señala que este modelo de democracia, se diferencia de otros modelos, por su fuente de legitimación e imparcialidad de las medidas, de la siguiente manera:

Modelos de democracia	Fuente de legitimación
Populista (Laclau)	“en cuanto forma de la política, centraliza la toma de todas las decisiones públicas en manos de un líder político fuerte que es ungido por una masa popular para articular las demandas sociales insatisfechas”
Comunitarista (Macintyre)	“define la dinámica de la democracia sobre la base de una interpretación comprensiva de la idea de bien común”
Agonista (Mouffe),	“reconoce una dimensión agonista inherente dentro de las relaciones humanas, en las cuales no es posible el consenso, pues impera la lucha o combate por el poder político entre los adversarios”
Agregacionista pluralista (Dahl)	“la democracia constituye una competencia libre entre grupos de interés que, en condiciones de igualdad, pugnan por influir en la toma de decisiones políticas y, finalmente, se ven obligados a negociar para alcanzar un compromiso

¹⁰⁹GUERRA, María José, Habermas: La apuesta por la democracia, Batiscafo S.L., 2015, Págs. 111-112.

¹¹⁰VELASCO, Juan Carlos, “Los derechos humanos en la democracia deliberativa o la superable contradicción entre liberalismo y republicanism”, Revista de Ciencias Sociales (Valparaíso, Chile), nº 52 (2007), págs. 479-512. Pág. 510

¹¹¹CORTINA, Adela, óp. cit., Pág. 146.

	básico en dicha toma de decisiones”
Agregacionista elitista (Schumpeter),	“al interior de cada sociedad existe un grupo minoritario de ciudadanos que se halla en mejores condiciones, en términos de capacidad y preparación, que la gran mayoría para entender y decidir las cuestiones públicas”
Deliberativa (Habermas)	“la teoría deliberativa de la democracia proporciona un procedimiento comunitario de toma de decisiones en el que se asegura la igual libertad política de todos los ciudadanos, que a su vez tienen la oportunidad de ser oídos y de influir en la conformación de la voluntad política que luego ha de ejecutar la autoridad política. A partir de este procedimiento, el derecho resultante puede exigir legítimamente la obligación de obediencia a los ciudadanos autónomos”.

Cuadro N° 09: Elaborado a partir de GIUFFRÉ, Carlos Ignacio, “Democracia deliberativa y surgimiento del constitucionalismo dialógico”, Revista Ética & Discurso, 3 (1), 2018, pp. 35-60. Págs. 42-43

De esta manera, habiendo diferenciado la democracia deliberativa de otros modelos de democracia, así como habiendo analizado algunos de sus principales conceptos, para poder definir la democracia deliberativa debemos responder dos preguntas -ante la cuestión de la pluralidad de conceptos-: ¿de qué hablamos cuándo hablamos de democracia en la democracia deliberativa? ¿de qué hablamos cuando nos referimos a deliberación en la democracia deliberativa? Como sabemos ambos términos son usados comúnmente en el lenguaje político y están presentes de una u otra forma en las diversas tradiciones teóricas.

Para dar una respuesta a lo planteado en el párrafo anterior, recurriremos a John Elster. El autor asume esta problemática y plantea un contenido esencial o mínimo de la democracia deliberativa dividiéndola en dos partes: la parte democrática que consiste en un procedimiento colectivo de toma de decisiones en el cual participan todos aquellos que serán afectados -o sus representantes- por tal medida. La parte deliberativa implica que el proceso de toma de decisiones debe basarse en los argumentos ofrecidos por y para los participantes los cuales han asumido un

compromiso al participar en ese procedimiento con la racionalidad y la imparcialidad¹¹².

Otros autores, como Nicolás Emanuel Olivares, prefieren descomponer la concepción deliberativa de la democracia en tres elementos ideal regulativo, sujeto y proceso. Como ideal regulativo propone la argumentación como método político en oposición a la negociación y el voto (en tanto expresión de un ideal agregativo de democracia), por lo que las normas y medidas políticas se legitiman democráticamente a partir de la deliberación pública entre los ciudadanos (y representantes). Los sujetos de la democracia deliberativa, son concebidos como agentes morales y -por tanto- epistémicamente capacitados para tomar decisiones políticas en un procedimiento de discusión pública donde se les garantiza a los posibles afectados que se les escuchará y respetarán sus argumentos (principios de inclusión, igualdad e imparcialidad). El proceso, en tanto debe comprenderse como la materialización del ideal regulativo adopta para la valoración de resultados un criterio epistémico intersubjetivo, contemplando la revisión de sus resultados con la finalidad de resolver los desacuerdos político-morales, siempre y cuando se garantice el respeto mutuo entre los ciudadanos¹¹³.

4.2. Legitimidad democrática y democracia deliberativa:

¿Por qué deberíamos preferir la deliberación democrática para la toma de decisiones públicas? Lukensmeyer y Hasselblad-Torres, proponen las siguientes razones:

“1) la participación ciudadana en la formulación de políticas y toma de decisiones puede reducir la conflictividad; 2) la participación ciudadana puede llevarnos a decisiones políticas mejores, más duraderas y más inteligentes; 3) el compromiso ciudadano en la toma

¹¹² ELSTER, John, Óp. Cit. Pág. 8.

¹¹³ OLIVARES, Nicolás Emanuel, Óp. Cit. Pág. 179-181

de decisiones es algo que los gobiernos deben hacer; 4) la deliberación genera competencia, capacidades, aptitudes; 5) la participación ciudadana pone en práctica la comprensión mutua, genera vínculos de confianza entre la ciudadanía y las instituciones gubernamentales y puede provocar cambios en las actitudes y el comportamiento político”¹¹⁴.

Esta justificación, resulta importante desde el punto de vista de la legitimidad (otra de las categorías problemáticas de la teoría política). Como advierte Nicolás Alles¹¹⁵, la legitimidad política en un sentido amplio puede comprenderse como “el reconocimiento del derecho a gobernar”, lo que nos lleva a cuestionar la manera en la que la autoridad se ejerce y los deberes de la obligación política. Asimismo, la legitimidad puede comprenderse de dos formas principalmente: una prescriptiva¹¹⁶, que se refiere a condiciones que funcionan como criterios de corrección para que una situación sea considerada como legítima; y una descriptiva¹¹⁷ que se refiere a los mecanismos que posibilitan la creencia de una forma de dominación como legítima.

Sin embargo, la legitimidad en ambas dimensiones adquiere formas particulares al momento de analizar las prácticas políticas, en tanto ellas se producen en un marco institucional concreto. Es así que en el problema que nos ocupa, la democracia funciona como el marco donde se producen esas prácticas (en tanto un Estado se reconozca e incorpore mecanismos que permitan reconocerlo como tal) a la vez que como el modelo ideal de gobierno, el cual resulta

¹¹⁴ ARENAS-DOLZ, Francisco, “Retórica, ciudadanía y educación. Una aproximación aristotélica a la democracia deliberativa”, Veritas. Revista de Filosofía y Teología, vol. IV, núm. 20, marzo, 2009, pp. 127-151. Pág. 135

¹¹⁵ ALLES, Nicolas, Óp. Cit. Págs. 63-73

¹¹⁶ Por ejemplo, Rawls en su trabajo titulado Liberalismo político, propone lo siguiente: “Una concepción de la legitimidad política busca una base pública de justificación y apela a la razón pública y, por consecuencia, a ciudadanos libres e iguales concebidos como razonables y racionales.” Citado por: Ibíd. Pág. 69

¹¹⁷ Max Weber en su obra Economía y Sociedad plantea lo siguiente: “La subsistencia de toda ‘dominación’, en el sentido técnico que damos aquí a este vocablo, se manifiesta del modo más preciso mediante la autojustificación que apela a principios de legitimidad. Hay tres principios últimos de esta clase. La ‘autoridad’ de un poder de mando puede expresarse en un sistema de normas racionales estatuidas (pactadas u otorgadas), (...) Por otro lado, la obediencia puede basarse en la autoridad personal. Esta puede tener su fundamento en la santidad de la tradición (...). Finalmente, puede basarse en la consagración a lo extraordinario, en la creencia en un carisma, es decir, en la efectiva revelación o gracia concedida a ciertas personas (...). A ello corresponden los tipos fundamentales ‘puros’ de la estructura de dominación. Mediante su combinación, mezcla, asimilación y transformación tienen lugar las formas que se encuentran en la realidad histórica.” Citado por: Ibíd. Pág. 73

perfectible y sus fines deseables. Esta forma particular de la legitimidad, la podemos denominar legitimidad democrática.

Fritz Scharpf distingue entre legitimidad democrática de *inputs* y legitimidad democrática de *outputs*. La primera se refiere a la conexión entre el gobierno y la voluntad popular, así las decisiones serán menos legítimas en tanto mayor distancia exista entre los afectados y los que tomaron la decisión. Así se enfatiza en los derechos de participación política. La segunda, evalúa la legitimidad desde el punto de vista de la satisfacción de los intereses de los ciudadanos (respeto a sus derechos, desarrollo, estabilidad, etc)¹¹⁸.

Asimismo, los diversos modelos de democracia, asumen una concepción de la legitimidad democrática. Estas se han distinguido principalmente por la contraposición entre los extremos de concepciones procedimentalista y sustancialista de la legitimidad. La primera se basa exclusivamente en el procedimiento de toma de decisiones, expresión de la voluntad mayoritaria; la segunda se basa en “lo que se decide”, dejando en un segundo plano cuestiones relativas a la autoridad y el procedimiento de toma de decisiones¹¹⁹. Es así como, es posible identificar que esta distinción hace referencia típicamente a los modelos republicano (legitimidad procedimental) y liberal (legitimidad sustantiva).

Sin embargo, en la realidad tanto los modelos antes citados, así como sus modelos de legitimidad, no siempre se presentan en pureza, adquiriendo diversos matices en las teorías más recientes de la democracia, así como articulándose de diversas maneras en la

¹¹⁸ MARSHALL, Pablo, “Elecciones representativas y legitimidad democrática: una mirada desde las concepciones normativas de la democracia”, *Revista de Derecho*, Vol. XXX, N° 2, 2017, pp. 275-299. Págs. 278-279

¹¹⁹ GIUFFRÉ, Carlos Ignacio, “Democracia deliberativa y surgimiento del constitucionalismo dialógico”, *Óp. Cit.* Págs. 41-42.

configuración de los estados que se reconocen como democráticos en la actualidad.

La democracia deliberativa, entendida -siguiendo a Martí¹²⁰- como un ideal regulativo que propone un modelo de legitimidad de las decisiones políticas basado en el procedimiento democrático deliberativo. Es así que la legitimidad se mide de manera gradual, incrementando o reduciendo en tanto más democrático y deliberativo sea el procedimiento. Ello en apariencia, nos permitiría identificar al modelo de legitimidad de la democracia deliberativa como procedimental, sin embargo, como sostiene el autor, ello no resulta tan sencillo.

La razón de afirmar ello, es que la democracia deliberativa concibe un modelo mixto de legitimidad, toda vez que además de los criterios procedimentales, deben garantizarse criterios sustantivos como las libertades fundamentales, la igualdad de oportunidades o la necesidades básicas e igualdad de oportunidades¹²¹. Estos criterios sustantivos, permitirán cumplir con las finalidades del procedimiento de toma de decisiones en los términos de la democracia deliberativa: la participación de los posibles afectados en condiciones de igualdad y libertad, posibilitan la racionalidad y la imparcialidad de la decisión.

De esta manera, el cumplimiento de las condiciones de la democracia deliberativa permitirá que las instituciones reclamen el ejercicio legítimo del poder¹²². Es, así que el problema de la legitimidad ocupa un lugar esencial en la democracia deliberativa, Podemos identificar la importancia del problema de la legitimidad en la teoría deliberativa de la democracia, en lo sostenido por Dryzek:

¹²⁰ MARTÍ, José Luis, *La República Deliberativa*, Madrid, Marcial Pons, 2006. Pág. 134.

¹²¹ GIUFFRÉ, Carlos Ignacio, "Democracia deliberativa y surgimiento del constitucionalismo dialógico", *Óp. Cit.* Págs. 41.

¹²² GUERRA, María Jose, *óp. cit.*, Pág. 113.

“la legitimidad de la democracia estriba en la capacidad o la oportunidad que tienen los sujetos de las decisiones colectivas de participar en deliberaciones efectivas; las exigencias tienen que justificarse de modo que la gente, reflexionando sobre ellas, pueda aceptarlas. A lo cual se añade un elemento clave, y es la convicción de que las preferencias de los individuos o de los grupos pueden transformarse a lo largo del proceso de deliberación, en el que las gentes emplean la persuasión, más que la manipulación o la coerción”¹²³.

Asimismo, Jürgen Habermas en su obra “Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en término de la teoría del discurso”, identifica validez con legitimidad en tanto señala que “válidas son aquellas decisiones (y sólo aquellas) en las que todos los que pudieran verse afectados concurren a prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales”¹²⁴. Esta afirmación de Habermas, enfocaría la legitimidad en las condiciones del procedimiento. Sin embargo, no es posible la plenitud de este proceso sin observar la cuestión sobre los derechos fundamentales que posibilitan el procedimiento:

“Hoy en día la soberanía del pueblo se apoya en una formación más o menos discursiva de la opinión y de la voluntad que es posible sólo por la existencia de unos procedimientos jurídicamente institucionalizados y por los procesos informales de formación de la opinión y de la voluntad más o menos discursiva que se derivan de los derechos fundamentales. Me refiero con ello a un entramado de formas de comunicación diversa organizado de tal modo que permita suponer la vinculación de la administración pública a premisas racionales con el fin de disciplinar el sistema económico según criterios sociales y ecológicos sin afectar por ello a su lógica interna. Ese es ya un modelo de política deliberativa”¹²⁵

De esta manera, cobrará vital importancia la idea del discurso, en tanto la ética habermasiana tiene como base el diálogo ético-político-intersubjetivo, teniendo el lenguaje el rol originario y articulador del individuo en la sociedad¹²⁶. Respecto al discurso racional, señala Habermas que se entiende:

¹²³ CORTINA, Adela, óp. cit., Pág. 146.

¹²⁴ HABERMAS, Jürgen, Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en término de la teoría del discurso, Editorial Trotta, 1998, Madrid. Pág. 172.

¹²⁵ Ibídem. Págs. 633-634

¹²⁶ Ibídem. Pág. 81.

“toda tentativa de entendimiento, acerca de pretensiones de validez¹²⁷ que se hayan vuelto problemáticas en la medida en que esa tentativa tenga lugar bajo condiciones de comunicación que dentro de un ámbito público construido y estructurado por deber ilocucionarios posibiliten el libre procesamiento de temas y contribuciones, de informaciones y razones. Indirectamente esa expresión se refiere también a las 'negociaciones' en la medida en que éstas vengán reguladas también por procedimientos discursivamente fundados”¹²⁸.

De esta manera, para Habermas, no basta la creencia que despierta un régimen político sobre su legitimidad, como sostiene la teoría de la legitimidad weberiana, en tanto esta creencia no tenga como origen la participación de la ciudadanía en un proceso activo de diálogo y de discusión pública¹²⁹. Así, el modelo habermasiano excluye la posibilidad de legitimar democráticamente prácticas derivadas del “monólogo”, lo que desafiaría la autoridad de ciertos órganos que buscan legitimarse a través de modelos puramente sustancialistas, sin incorporar mecanismos dialógicos.

Habiendo descrito en qué consiste el problema de la legitimidad desde la teoría de la democracia deliberativa relacionándolo con su carácter de ideal regulativo, resulta necesario identificar criterios para realizar un análisis gradual de la legitimidad de las instituciones, prácticas y situaciones políticas. Al respecto Greppi sostiene que, no existe un consenso sobre las condiciones que deben considerarse como criterios evaluativos de la democracia deliberativa. Sin embargo, propone los siguientes principios generales y específicos:

Entre los principios generales (PG) tenemos:

¹²⁷ Respecto a las pretensiones de validez, Héctor Domínguez explica que para Habermas “Toda comunicación se encuentra ligada (implícita o explícitamente) a pretensiones de validez que son las siguientes: 1) entendimiento, exige que las emisiones del hablante sean inteligibles; 2) verdad, requiere que los contenidos proposicionales o presuposiciones existenciales sean verdaderas; 3) veracidad, pretende que el hablante sea sincero; 4) corrección o rectitud, insta para que las emisiones sean correctas en términos morales”. DOMÍNGUEZ, Héctor, “*Democracia Deliberativa en Jürgen Habermas*”, *Analecta política*, Vol. 4, No. 5, 2013. pp. 301-323. Pág. 312.

¹²⁸ HABERMAS, Jürgen, Óp. Cit. Págs. 172-173

¹²⁹ VERGARA, Jorge, “La concepción de la democracia deliberativa de Habermas”, *Quórum Académico*, Vol. 2, Nº 2, julio-diciembre 2005, Pp. 72 – 88. Págs. 81-82.

- PG1) Principio normativo de inclusividad, referido a la participación adecuada, genuina de los afectados por la medida o de sus representantes en la etapa de deliberación y toma de decisiones políticas¹³⁰.
- PG2) Principio normativo de paridad, en tanto los afectados son tratados como seres racionales, razonables y de igual dignidad política, lo que se materializa con el respeto de sus argumentos, la participación equitativa en el debate y la igual posibilidad de influir sobre la toma de decisiones¹³¹.
- PG3) Principio empírico de traslación, referido a la garantía de la formación libre e informada de las preferencias políticas de los ciudadanos, su recepción en los debates institucionales y su traducción en normas jurídicas¹³².
- PG4) Principio empírico de capacidad, la posibilidad de implementar la voluntad política de los ciudadanos construida deliberativamente a partir del proceso comunicativo por sus representantes políticos¹³³.

Respecto a los principios específicos (PE), entendidos como criterios evaluativos específicos, se proponen los siguientes:

- PE1) Privilegiar la participación efectiva de los ciudadanos en su condición de sujetos deliberativos, lo que no suprime la posibilidad de sus representantes de participar en las instancias deliberativas¹³⁴.
- PE2) La adopción de una “concepción contextualista epistémica de los diseños institucionales”, lo que exige evaluar el grado de legitimidad de los diseños

¹³⁰ OLIVARES, Nicolás Emanuel, Óp. Cit. Pág.184

¹³¹ OLIVARES, Nicolás Emanuel, Óp. Cit. Pág. 183

¹³² *Ibíd.* Pág.184

¹³³ *Ibíd.* Pág.185

¹³⁴ *Ibíd.* Pág. 186

institucionales a partir de la incorporación de los principios normativos de la democracia deliberativa, tomando en consideración las cuestiones normativas y empíricas derivadas del ordenamiento jurídico y la sociedad en las que se va implementar el diseño¹³⁵.

- PE3) Una relación dialógica y de cooperación entre los poderes, lo que se ha denominado una “concepción deliberativa epistémica”, en oposición a la lógica agonal de los sistemas tradicionales de separación de poderes y de frenos y contrapesos¹³⁶.
- PE4) La adopción de una concepción de sistémica de la democracia deliberativa, analizando la legitimidad desde la contribución de las decisiones en la calidad del sistema deliberativo, en oposición a evaluaciones aisladas, toda vez que en un sistema interactúan foros deliberativos y no deliberativos¹³⁷.

Otra propuesta que consideramos útil para evaluar el grado de adecuación al ideal democrático deliberativo, es la de José Luis Martí, quien propone ocho principios estructurales (P):

- P1) Principio de la argumentación, en tanto la comunicación tiene como objetivo la transformación de preferencia, pero que a diferencia de la negociación o la persuasión, la transformación debe ser razonada¹³⁸.

¹³⁵ OLIVARES, Nicolás Emanuel, Óp. Cit. Pág. 186

¹³⁶ *Ibidem*. Pág. 187.

¹³⁷ *Ibidem*. Pág. 188.

¹³⁸ MARTÍ, José Luis, La República Deliberativa, Madrid, Marcial Pons, 2006. Págs. 90-91.

- P2) Principio de procedimiento colectivo, los diversos argumentos se cruzan intersubjetivamente, constituyendo un proceso de reflexión dialógica¹³⁹.
- P3) Principio de Inclusión, la garantía de todos los potencialmente afectados por una medida deben poder participar en el procedimiento de deliberación del que resultará dicha decisión¹⁴⁰.
- P4) Principio de Publicidad, entendido por un lado como la transparencia y la sinceridad de los discursos de los afectados y respecto a la participación de los representantes, funciona como garantía de una adecuada representación¹⁴¹.
- P5) Principio de procedimiento abierto, comprendido como la flexibilidad de las decisiones respecto a su forma y contenido, así a la naturaleza autorreferente del propio proceso deliberativo, es decir, debe servir para reflexiones sobre las cuestiones del proceso mismo¹⁴².
- P6) Principio de procedimiento continuo, lo que implica que debe estar abierta la posibilidad de reexaminar los asuntos sobre los que se ha deliberado a la luz de nuevas razones, por lo que los resultados deben comprenderse como provisionales¹⁴³.
- P7) Principio de libertad de los participantes, se debe garantizar la autonomía pública como privada a través del

¹³⁹ibídem. Pág. 92.

¹⁴⁰ibídem. Pág. 93.

¹⁴¹ídem.

¹⁴²ibídem. Pág. 94.

¹⁴³MARTÍ, José Luis, Óp. Cit. Pág. 94

libre acceso, la libre participación en el procedimiento argumentativo y la libre participación en la decisión¹⁴⁴.

- P8) Principio de igualdad formal de los participantes, referida a la igual capacidad que deben tener de influir en la decisión final¹⁴⁵,

El cumplimiento (gradual) de las condiciones antes mencionadas, dará como resultado mecanismos que promuevan y potencien la participación argumentativa de los ciudadanos, así como la interacción dialógica entre los poderes para la toma de decisiones, reconociendo la condición de agentes morales de los individuos (a través de la garantía de sus derechos fundamentales) y a la vez comprometiéndose con una concepción epistémica de la democracia.

4.3. Mecanismos institucionales deliberativos:

Habiendo revisado diversos conceptos, así como las diferentes caracterizaciones de la democracia deliberativa y sus condiciones de legitimidad, podemos afirmar, que la participación ciudadana juega un rol central al momento de analizar la legitimidad de una decisión política. Sostenemos ello, en tanto -como se ha advertido- esta se desarrolla bajo los presupuestos que contiene la democracia deliberativa como ideal regulativo.

Sin embargo, para que esta participación sea efectiva, deben implementarse mecanismos que la permitan como los plebiscitos, las asambleas (o audiencias) públicas, las cuales además de otorgar legitimidad permiten la integración sociopolítica, en cuanto “la

¹⁴⁴ Ibídem. Pág.95.

¹⁴⁵Ídem.

sociedad civil es entendida como una esfera intermedia entre el Estado, la economía y otras esferas relevantes que dan sentido a la vida comunitaria”¹⁴⁶.

Para cumplir con tales fines, será necesario elaborar diseños institucionales acordes a las exigencias de este ideal regulativo. El diseño institucional, entendido como la creación o renovación de determinadas instituciones, nos lleva a observar nuevamente los principios y exigencias esbozadas anteriormente de la democracia deliberativa; así como en un segundo momento realizar un análisis del estado de cosas para poder arribar a la creación de mecanismos deliberativos que al relacionarse con los otros elementos que componen el sistema, se pueda observar un cierto grado de coherencia. De esta manera, siguiendo a José Luis Martí, todo diseño institucional implica un “ajuste mutuo entre principios normativos y selección de circunstancias empíricas relevantes bajo la condición de factibilidad de tales principios. Se trata de una actividad que se construye a un mismo tiempo sobre consideraciones empíricas y normativas”¹⁴⁷.

Para poder evaluar el diseño institucional, Godín ha establecido tres requisitos generales, los cuales han sido recogidos por José Luis Martí:

“1) debe incluir la posibilidad de revisión, dado que somos falibles y nos podemos equivocar en el diseño y además las sociedades cambian; 2) debe ser sólida, esto es, que resista algunas transformaciones sociales; y 3) debe ser sensible a la complejidad motivacional, es decir, debería adoptar una concepción no simplista de las motivaciones humanas y contar con la posibilidad de incentivar algunas de ellas”¹⁴⁸.

¹⁴⁶GARRIDO-VERGARA, Luis; Luz Marina VALDERRAMA, y Javier Ríos PEÑAFIEL. "Democracia deliberativa, instituciones y participación ciudadana en América Latina". *Política*, vol. 54, no. 2, 2016, pp. 255-275. Editorial Universidad de Chile. Pág. 257.

¹⁴⁷ MARTÍ, José Luis, óp. Cit. Pág. 281.

¹⁴⁸ Citado por: MARTÍ, José Luis, óp. Cit. Pág. 283.

Estos requisitos o principios permitirán evaluar un diseño institucional cualquiera, en términos de coherencia interna, y concordancia con determinado modelo de democracia y la contemplación de sus presupuestos filosóficos fundamentales (esto se desprende del tercer punto al referirse a las concepciones de las motivaciones humanas).

Sin embargo, como señala Roberto García Alonso, en la mayoría de autores que se han ocupado de la teoría de la democracia deliberativa, se observa la ausencia de propuestos de un diseño institucional claro y concreto, cayendo incluso en un “claro idealismo”, aunque en términos generales sobre la implementación de este modelo de democracia se puede determinar que existe

“una apuesta generalizada por una mayor y más activa participación de la ciudadanía en la política, tanto así que ha sido común la apertura de nuevas formas de participación o de nuevos espacios de debate y discusión ciudadana, muchas de ellas calificadas deliberativas: agenda 21, asambleas, círculos de estudio, conferencias de consenso, teledemocracia, presupuestos participativos, deliberative polis, entre otros”¹⁴⁹.

Una propuesta concreta para superar esta situación, la encontramos en la clasificación de los mecanismos de participación ciudadana elaborada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (2001) (la informativa, consultiva y participación activa-deliberativa); propuesta que es recogida por Garrido-Vergara, Valderrama y Ríos Peñafiel las cuales son definidas de la siguiente manera:

“-Información: se define como una relación unilateral en donde el gobierno produce y entrega información para uso de los ciudadanos, lo que implica el acceso pasivo a la información demandada por los ciudadanos. Ejemplos son el acceso a los registros públicos, diarios oficiales y sitios web del gobierno.

¹⁴⁹ GARCÍA ALONSO, Roberto. Representación política y democracia deliberativa. ¿Qué puede significar hoy la participación política? Estudios Políticos, n° 47, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, pp. 47-66. 2015. Pág. 51.

-Consulta: es una relación bidireccional en la cual los ciudadanos proveen de retroalimentación al gobierno. El gobierno define el tema de consulta, plantea las preguntas y maneja el proceso, mientras los ciudadanos son invitados a contribuir con sus visiones y opiniones. Ejemplos de esto son las encuestas de opinión pública y comentarios a proyectos de ley.

-Participación activa-deliberativa: es una relación basada en la colaboración entre el gobierno y la ciudadanía, donde estos últimos se vinculan de manera activa en la definición del proceso y contenido de políticas. Se entiende que los ciudadanos están en posición de igualdad para plantear una agenda, proponer opciones de políticas y diálogos. Sin embargo, la responsabilidad de la decisión final, la formulación de la política o validación del proceso descansan en el gobierno. Ejemplos son los consensus conferences, referéndums y jurados ciudadanos”¹⁵⁰.

Otra propuesta, es la de Antonio Natera Peral, quien establece cinco formas de participación ciudadana:

“1) procedimientos basados en la concepción del ciudadano como cliente y vinculados al enfoque de gestión de la calidad con objeto de mejorar un servicio concreto, sin pretender la mejora comunitaria en su conjunto (como, por ejemplo, las cartas de servicios);

2) métodos preceptivos previstos en los procedimientos administrativos tradicionales de información pública o vecinal o consulta obligatoria a representantes de asociaciones;

3) foros o consejos ciudadanos, constituidos por grupos que se reúnen en función de criterios territoriales o de compartir intereses comunes en un tema o área municipal;

4) métodos de democracia directa e innovaciones en los métodos de consulta, que tienen como objeto pedir opinión acerca de un determinado asunto;

5) instrumentos deliberativos que intentan promover la discusión y la reflexión de los ciudadanos sobre temas que les afectan, por medio de un proceso deliberativo como los jurados ciudadanos, las encuestas deliberativas, grupos de mediación o paneles permanentes de ciudadanos, consejos sectoriales o procesos de planificación estratégica, entre otros”¹⁵¹.

De las tipologías citadas, se puede observar que no existe un consenso respecto a que mecanismos corresponden específicamente a la democracia deliberativa, y cuales a otros modelos. Ello, en cuanto la participación ciudadana, comprende diversos grados y formas de ejercerla; y es por ello que consideramos que, en un sistema democrático, no solo encontraremos mecanismos deliberativos de participación ciudadana. Sin embargo, las

¹⁵⁰ GARRIDO-VERGARA, Luis; Luz Marina VALDERRAMA, y Javier RÍOS PEÑAFIEL, óp. Cit. Pág. 263.

¹⁵¹ NATERA, Antonio, “Nuevas estructuras y redes de gobernanza”, Revista Mexicana de Sociología vol.67 no.4, México, 2005, pp. 755-791. Págs. 777-778

condiciones antes mencionadas, permitirán identificar su carácter deliberativo y su contribución respecto a la legitimidad del sistema.

Para Habermas, el autoentendimiento ético, si bien es fundamental para una política deliberativa, se puede dar cuenta de ella a través de “la ponderación y el equilibrio de intereses y mediante transacciones y compromisos, mediante elección racional de los medios con vistas a un fin, mediante justificaciones morales y mediante comprobaciones de que se es jurídicamente coherente”¹⁵². Es decir, reconoce la pluralidad de mecanismos y la complejidad de dar cuenta de una democracia deliberativa en términos empíricos.

4.4. El control de constitucionalidad desde la teoría de la democracia deliberativa:

La democracia deliberativa tiene como correlato en el constitucionalismo a la corriente que ha sido denominada como “constitucionalismo dialógico”, el cual se caracteriza por promover el rol de colaboradores de las cortes en el proceso de construcción de los significados constitucionales, sin apropiarse o monopolizar dicha actividad. De esta manera, las mejores interpretaciones solo podrán determinarse a partir de una práctica comunicativa y racional, la cual debe ser resultado del reconocimiento intersubjetivo igualitario y la cooperación entre los diversos participantes del procedimiento deliberativo¹⁵³.

Este rol que podría interpretarse como un llamado al “*self restraint*” de las cortes constitucionales, desde la óptica de la

¹⁵² HABERMAS, Jürgen, “Tres modelos de democracia: sobre el concepto de una política deliberativa”, Conferencia pronunciada en el Departament de Filosofia de la Universitat de València, 16 de octubre de 1991. Traducción de Manuel Giménez Redondo. Disponible en: <http://www.alcoberro.info/V1/habermas7.pdf>

¹⁵³ NIEMBRO, Roberto, “Las respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad como forma de diálogo constitucional”, Revista Española de Derecho Constitucional, N° 95, 2012, pp. 139-168. Págs. 139-140.

democracia deliberativa -como hemos podido observar- resulta admisible que el juez pueda tomar una posición más activa en tanto tenga como finalidad corregir ciertas situaciones o deficiencias institucionales que imposibilitan o dificultan el diálogo en las condiciones establecidas por el ideal regulativo (igualdad, libertad, imparcialidad, etc.). Por lo que podemos identificar expresiones de un constitucionalismo dialógico cuando se cumplen dos presupuestos fundamentales: a) existe una validación intersubjetiva de los resultados y b) el procedimiento deliberativo es abierto y autocorrectivo (basado en la colectividad de agentes, su carácter argumentativo y la reflexión dialógica)¹⁵⁴.

Siguiendo a Nicolás Emanuel Olivares, tradicionalmente se han clasificado las propuestas de los deliberativistas, respecto al diseño institucional del control de constitucionalidad en tres: a) judicial con supremacía judicial, donde encuadra las propuestas de Habermas, Rawls y Martí; b) judicial con supremacía parlamentaria, como en el caso de Linares, y Bayón; y c) judicial complementado con un control ciudadano, donde encajan las propuestas de Zurn, Spector y Ghosh. Sin embargo, es posible identificar diseños que no son posibles de clasificar dentro de dichas categorías, como su propuesta de un control multisituado de constitucionalidad¹⁵⁵.

4.4.1. Habermas y el juez constitucional como garante de la democracia deliberativa:

Dentro de las propuestas de modelos de control de constitucionalidad desde las teorías de la democracia deliberativa, encontramos propuestas como la de Jürgen Habermas, quien -como señala Santiago Prono- acepta el control de constitucionalidad

¹⁵⁴ Olivares, Nicolás, Óp. Cit. Pág. 187.

¹⁵⁵ *Ibíd.* Pág. 170-171.

ejercido por los jueces, en cuanto este resulte compatible con su teoría de la democracia, es decir, que cumpla con los presupuestos establecidos para las “prácticas comunicativas” que legitimarían las decisiones en el marco del Estado Democrático de Derecho¹⁵⁶, de esta manera, señala el filósofo:

“el Tribunal constitucional debe proteger el sistema de derechos que posibilite la autonomía privada y pública de los ciudadanos [...]. Ante todo tiene que examinar el contenido controvertido de las normas en conjunto con los presupuestos comunicativos y las condiciones procedimentales de los procesos democráticos de establecimiento del derecho”¹⁵⁷.

De esta manera, justifica el control judicial de constitucionalidad, solo en cuanto los jueces pueden contribuir al ejercicio de la autonomía pública y privada de los ciudadanos, ejercicio que a su vez se traduce en el cumplimiento de las condiciones de legitimidad democrática desde su propuesta de democracia deliberativa: la participación inclusiva de todos los posiblemente afectados por la decisión y que esta se produzca en condiciones de igualdad.

Si bien para Habermas, la legitimidad de tales decisiones recae en haber sido resultado de procesos comunicativos deliberativos (bajo los presupuestos de su teoría de la acción comunicativa), esto no excluye la posibilidad de revestir de “supremacía” la función de control de constitucionalidad de los jueces constitucionales. Pues como señala Raúl Letelier, el lugar donde Habermas coloca a los jueces dentro del “juego democrático” es el de protagonista, alejándose de posturas basadas en el “*self-restraint*” o la deferencia hacia el legislador al momento de ejercer el control de constitucionalidad, adoptando un rol activo con el fin de garantizar el proceso de discusión y debate entre los participantes, así como el

¹⁵⁶ PRONO, Santiago, Los jueces ¿frente? A la Democracia - Habermas y la justificación del control judicial de constitucionalidad”, Argumentos – Revista de Filosofía, Año 4°, N° 7, 2012, pp. 57-67. Pág. 62.

¹⁵⁷Citado por: Ídem.

cumplimiento de los presupuestos y condiciones de una política deliberativa¹⁵⁸

Es decir, mientras en otros modelos que cuestionan la legitimidad democrática de los tribunales para ejercer el control de constitucionalidad, han contemplado una función casi “pasiva” de los tribunales, es decir, participando como quienes observan el cumplimiento de las reglas procesales y emiten una opinión que no está revestida del carácter de “suprema”. El caso de Habermas, si bien comparte la idea del juez como garante del proceso, lo coloca en una posición en la cual posee un alto grado de discrecionalidad, pero ello está orientado a permitir se hagan efectivos los presupuestos de la democracia deliberativa, lo cual puede llevar a un activismo judicial, involucrándose en temas –por ejemplo- de tutela de derechos sociales con el fin de garantizar la igualdad de las partes, si considera necesaria dicha medida a fin de corregir las deficiencias del proceso deliberativo.

4.4.2. Sebastián Linares y el control judicial con supremacía parlamentaria:

Respecto al segundo modelo, encontramos al autor argentino Sebastián Linares, con su trabajo titulado “La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes” (2008), en el cual propone un modelo control de constitucionalidad que resalta la labor parlamentaria, afirmándose incluso la supremacía de esta sobre los otros órganos. Ana Micaela Alterio, resume la propuesta de Sebastián Linares de la siguiente manera:

“La alternativa se asienta en un sistema con declaraciones judiciales de incompatibilidad, pero con añadiduras: la obligatoriedad para el Congreso de justificar públicamente la consistencia de cada proyecto de ley con la Carta de Derechos y la exigencia de reexaminar las

¹⁵⁸ LETELIER WARTENBERG, Raúl. La Justicia Constitucional en el pensamiento de Jürgen Habermas. Estudios constitucionales [online]. 2011, vol.9, n.2, pp.377-394. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000200009&lng=es&nrm=iso>.

disposiciones declaradas incompatibles. Incluso propone combinar estas declaraciones de incompatibilidad con un sistema parecido al canadiense, donde los jueces inferiores pudieran pronunciarse por la incompatibilidad y se reservara la facultad de veto de leyes sólo al alto tribunal, lo que retardaría la misma y daría tiempo al Congreso para revisiones previas. Además sugiere declaraciones de inconstitucionalidad «con plazo de espera» o efecto retardado, siempre pensando en que el Congreso debe tener la última palabra institucional y por ello dotándolo de la posibilidad de emplear una cláusula override”¹⁵⁹.

De esta forma, lo que propone el autor es que si bien se mantiene la potestad de que los jueces se pronuncien respecto de la compatibilidad de una norma con la Constitución, los efectos de dicha declaración (al menos en los órganos inferiores) no implican su expulsión automática del ordenamiento jurídico, labor que se mantendría en el tribunal más alto. Sin embargo, dichas declaraciones representan en un primer momento exhortaciones al Poder Legislativo, para que sea él quien corrija o reemplace dicha norma, y obligando a este a justificar constitucionalmente las normas desde el momento de su producción o frente a los cuestionamientos de la corte, si es que insiste en su constitucionalidad y no la deroga, reemplaza o modifica. Colocándose como última instancia la posibilidad de veto del Alto Tribunal, la cual puede incluso establecer plazos para su aplicación, otorgando una vez más la posibilidad al Poder Legislativo que realice las acciones que considere pertinentes.

4.4.3. Spector y la institucionalización de jurados constitucionales:

El tercer modelo, propone que el control judicial sea complementado con un órgano de control ciudadano, es por ello que autores como Horacio Spector proponen la creación de un “jurado constitucional”, explicando la función que cumpliría dicha institución de la siguiente forma:

¹⁵⁹ ALTERIO, Ana Micaela, Reseña de: “SEBASTIÁN LINARES: La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes. En: Anuario iberoamericano de justicia constitucional, ISSN 1138-4824, Nº. 15, 2011, págs. 726-731. Pág. 730.

“Un jurado constitucional se encarga de controlar la constitucionalidad de las leyes dictadas por la legislatura. Más específicamente, el jurado constitucional controlaría si las leyes respetan los derechos constitucionales, y derogaría aquellas leyes que no satisfagan el test basado en derechos. En la medida que los titulares de derechos sean capaces de expresar sus agravios y presentar sus argumentos frente a los miembros del jurado, la faceta de reclamo de los poderes morales asociados con derechos va a ser adecuadamente realizada. Así como la anulación de los jurados anula las normas legales que los miembros del jurado consideran injustas o ilegítimas, la anulación por parte de los jurados constitucionales anularía leyes que los miembros del jurado consideran contrarias a la Constitución. Como es habitual, la nulidad procedería caso por caso. Asumo que los jurados, al igual que los tribunales en el modelo americano, operan en casos particulares”¹⁶⁰.

Sin embargo, como apunta el propio autor, esto no quiere decir que este órgano popular tenga la última palabra institucional respecto a la interpretación de la constitución, sobretodo pudiendo dicho jurado ser representante de las minorías, pudiendo realizar un ejercicio abusivo de dicho poder. Por ello realiza las siguientes precisiones:

“Es importante notar que los jurados constitucionales no deberían tener un monopolio en las decisiones constitucionales. El sistema de control judicial estándar debería continuar, dada su función fundamental en proteger los derechos de las minorías frente a las decisiones de las mayorías en el poder [...]. En consecuencia, el jurado constitucional debería ser establecido como un derecho opcional para cuando el demandante no confía en la corte suprema o en el tribunal constitucional por su supuesta lealtad al poder político”¹⁶¹.

De esta manera, nos referimos a controles paralelos, que se manejan respecto a casos específicos, ligado mayormente al modelo norteamericano de control de constitucionalidad, es decir, respecto a casos específicos.

4.4.4. Nicolás Olivares y el control multisituado de constitucionalidad:

¹⁶⁰ SPECTOR, Horacio, “Un sistema democrático de control constitucional”, Revista Argentina de Teoría Jurídica, vol. 14, 2013. Pág. 7. Disponible en: http://repositorio.utdt.edu/bitstream/handle/utdt/10620/RATJ_V14N2_Spector.pdf?sequence=1&isAllowed=y

¹⁶¹Ídem.

Respecto al cuarto modelo, este se presenta como aquel que mejor represente los ideales deliberativistas, en cuanto amplía al máximo la interacción entre la sociedad civil y el Estado. Analizando la propuesta de un “control multisituado de constitucionalidad”, se basa en dos arreglos institucionales fundamentalmente: el control ciudadano a través la creación de órganos extrapoderes, los cuales puedan controlar las normas y la incorporación en la Constitución de una cláusula que establezca la interacción dialógica entre los poderes constituidos, bajo la observación de aquellos órganos ciudadanos extrapoderes, permitiendo de esta manera el cumplimiento de los presupuestos de la democracia deliberativa¹⁶².

El autor describe de esta manera su propuesta, como la adopción de tres tipos de controles orientados hacia los tres poderes del Estado, es decir, de las normas emitidas por el Legislativo, las normas y decisiones del Ejecutivo y las sentencias del Poder Judicial.

Para el primer caso contempla la posibilidad de establecer una “comisión permanente especial”, la cual denomina “Comisión Ciudadana Constitucional”, la cual sería constituida en el congreso, pero estaría compuesta por ciudadanos elegidos por sorteo y por periodos limitados de tiempo. Respecto a la revisión de la constitucionalidad de las sentencias judiciales, propone un tribunal ciudadano compuesto por jurados elegidos por sorteo de una lista de voluntarios. Por último para el control de los actos del Poder Ejecutivo (los decretos), sería el mismo órgano encargado del control legislativo descrita anteriormente¹⁶³.

4.4.5. José Luis Martí y el control de constitucionalidad de la república deliberativa:

¹⁶² OLIVARES, Nicolás, “Democracia deliberativa y control de constitucionalidad: En defensa de un diseño multisituado”, Revista de Derecho N° 47, Barranquilla, 2017, pp. 167-206.. Pág. 189.

¹⁶³ibídem. Pág. 190.

Para José Luis Martí, el control de constitucionalidad, en cuanto mecanismo que por lo general se presenta junto a la rigidez constitucional, resulta cuestionable en términos democráticos si es que se implementa sin tener deferencia alguna con el legislador, sin embargo, por sí mismo no resulta antidemocrático, en cuanto señala que bajo ciertas condiciones (como cierto grado flexibilidad constitucional) puede cumplir “un importante papel de diálogo institucional y de vigilancia del comportamiento legislativo, sin por ello menoscabar el principio de soberanía popular”¹⁶⁴. Este último elemento, sería central en el pensamiento de Martí, por lo cual su teoría de la democracia deliberativa puede considerarse como republicana o neo-republicana.

En este sentido, el control de constitucionalidad puede convertirse en un mecanismo que proteja al propio pueblo del ejercicio abusivo del poder de sus representantes¹⁶⁵, e incluso pueden coadyuvar de manera específica a consolidar un modelo deliberativo de democracia –lo que denomina justificación deliberativa- incluyendo a voces en el proceso judicial que pudieron haber quedado fuera del proceso de producción legislativa, la cual puede ir acompañada -con el fin de evitar el “elitismo epistemológico”-de órganos externos derivados del parlamento para crear un diálogo interinstitucional sobre la conveniencia y justificación (en términos constitucionales) de dicha ley, u otros mecanismos que permitan la “reflexión conjunta de la comunidad”¹⁶⁶. Es decir, contrario a un proceso cerrado, monológico, donde la interpretación judicial excluye cualquier otro tipo de interpretación.

Sin embargo, es posible afirmar, que esta propuesta por si misma no representa “extirpar” la supremacía judicial del control de constitucionalidad, pues para la teoría democrática de José Luis

¹⁶⁴ MARTÍ, José Luis, *La República Deliberativa*, Marcial Pons, Pág. 292.

¹⁶⁵ *Ibíd.* Pág. 293.

¹⁶⁶ *Ibíd.* Págs. 293-295.

Martí, la revisión judicial en estos términos podría resultar legítima –como apunta Nicolás Olivares- siempre que concurren cualquier de las siguientes condiciones: exista una constitución flexible, o si bien esta es rígida sea democrática y deliberativa, entonces el fin de dichos órganos “sería el de promover una mejor y mayor deliberación pública al interior de la sociedad”¹⁶⁷. De esta manera, se vuelve a plantear (como habíamos apuntado anteriormente sobre la propuesta de Habermas) la función del juez, no como un sujeto pasivo, sino activo para garantizar, reforzar o mejorar las precondiciones de la democracia deliberativa.

4.4.6. Ely y el juez como árbitro del proceso democrático:

Para Ely la revisión judicial debe servir como mecanismo “antitrust”, es decir como corrector de las fallas del mercado político, como cuando un grupo busca modificar las reglas del juego democrático a su favor, así como el de protección de “minorías discretas y aisladas”, por lo cual la misión de la Corte debe ser cautelar la apertura de los canales de agregación de preferencias y la representación política sin exclusión, tornándose legítimos los procedimientos democráticos. Esta función resulta más evidente en lo que respecta a las “minorías discretas y aisladas”, es decir aquellos grupos (étnicos, religiosos, lingüísticos, etc.) que no tienen representación política, no comparten espacios ni intereses con el resto de grupos, lo que dificulta puedan llevar o defender de manera efectiva sus demandas ante la corte¹⁶⁸.

De esta forma, el rol de juez constitucional se convierte en “árbitro del proceso democrático”, reconociendo como los principios más importantes el de representación y participación, lo que permitiría

¹⁶⁷ OLIVARES, Nicolás, “En defensa de un modelo dialógico deliberativo de control judicial de constitucionalidad”; Provincia de La Pampa. Poder Judicial; Cuadernos de Doctrina Judicial de la provincia de La Pampa; Vol. 3 n° 12, 2013, pp. 105-132. Págs. 115-116.

¹⁶⁸ LINARES, Sebastián, “Sobre el ejercicio democrático del control judicial de las leyes”, ISONOMÍA No. 28, 2008, pp. 149-184. Págs. 164-166.

poner algún límite a las funciones del control constitucional así como fortalecer la democracia¹⁶⁹.

4.4.7. Conrado Hubner Mendes y la performance deliberativa del control de constitucionalidad:

El autor propone como criterio fundamental para identificar el grado de legitimidad, medir el grado de interacción interinstitucional, lo que ha denominado como “performance deliberativa”¹⁷⁰. El autor parte del presupuesto de que ninguna de las ramas tiene mayores destrezas que otras, por lo que se debe exigir el mayor grado de interacción dialógica entre ellos, como señala:

“La interacción entre instituciones que procuran llevar al máximo sus respectivos desempeños deliberativos es lo mejor que podemos esperar de una democracia organizada bajo el principio de división de poderes. Estimula la búsqueda del mejor argumento e inculca en el régimen la vibración racional y la presión de alcanzar una mayor consistencia... es posible pensar la legitimidad del parlamento y cortes de una manera contextual y comparativa...La legitimidad política es una propiedad institucional volátil que depende en parte de los resultados y en parte de sus credenciales formales. Es una meta que alcanzar y preservar en cada decisión”¹⁷¹.

Es así como, la revisión judicial puede constituir un mecanismo promotor de una mejor y mayor deliberación sobre cuestiones constitucionales, desafiando al sistema político con la finalidad de buscar mejores respuestas a las cuestiones fundamentales a través del diálogo¹⁷². De esta manera, se promueve un modelo de división de poderes más cooperativo.

4.4.8. Carlos Nino y la justificación del control constitucional:

¹⁶⁹ RODRIGUEZ MONDRAGÓN, Reyes, Democracia y desconfianza: una teoría del Control Judicial de John Hart Ely. Pág. 2. Disponible en: <http://portales.te.gob.mx/salas/sites/default/files/estante/12%20-%20Rese%C3%B1a%20-%20Democracia%20y%20desconfianza%20-%20RRM.pdf>

¹⁷⁰MENDES, Conrado H., “Una división de poderes deliberativos entre el diálogo y la última palabra”. En: Gargarella, Roberto (ed.) Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática, Siglo XXI Editores Argentina, 2014, pp. 159-185. Pág. 169.

¹⁷¹Ibidem. Pág. 177

¹⁷² MENDES, Conrado H., óp. cit. Pág. 183.

Para el autor argentino, el control judicial de las leyes es un mecanismo que resulta difícil de justificar en términos democráticos, ello considerando que los jueces no son elegidos de manera directa, se mantienen por lo general largos años en el cargo (e incluso pueden mantener de manera vitalicia) y denuncia la composición “aristocrática” del Poder Judicial, retomando la “dificultad contramayoritaria” planteada por Bickel, respecto al cuestionamiento de que bajo dichas condiciones tengan la última palabra sobre las temas constitucionales¹⁷³. Sin embargo, es posible justificarlo cuando cumple ciertas características excepcionales:

La primera se refiere al control del procedimiento democrático, es decir, en cuanto existen un conjunto de reglas que lo regulan con el fin de maximizar el “valor epistémico”, a partir de la participación de todos los presuntamente afectados, quienes puedan expresarse libremente y en condiciones de igualdad, el grado de incidencia de los principios en el debate, “evitar las mayorías congeladas”, el tiempo desde que se logra el consenso, y el carácter reversible de la sentencia.

De esta manera, al existir desacuerdos morales respecto al objeto del proceso, frente a esto, lo que puede hacer el juez es determinar la fiabilidad del procedimiento en el cual se llega a una decisión, es decir, si se ha cumplido con satisfacer las condiciones que otorgan la legitimidad democrática; y a su vez, tomando una posición activa, incidir en la ampliación del espacio democrático, buscando se incrementen las condiciones (mayor igualdad, mayor libertad de expresión, mayor calidad de justificación¹⁷⁴. Compartiendo en este punto posiciones con Habermas o Martí, sobre el activismo judicial, afirmando la existencia de cuestiones en las que los tribunales pueden tener una actuación activa (eliminando

¹⁷³ NINO, Carlos, La constitución de la democracia deliberativa, Gedisa, 1997, Barcelona. Págs. 258-259.

¹⁷⁴ *Ibidem*. Págs. 273-274.

desigualdades, mejorando condiciones, etc.) pero todas orientadas a enriquecer el proceso deliberativo.

La segunda es aquella referida a la autonomía personal, esto quiere decir que la revisión judicial debe orientarse a determinar que las decisiones colectivas no se basen en modelos de perfeccionamiento moral, sino solo bajo criterios derivados de la moralidad intersubjetiva. Es decir, analizar las razones del proceso argumentativo, de esta forma como señala el autor “a través de la limitación de la esfera de la constitución ideal del poder a cuestiones de moral intersubjetiva, se puede percibir el dominio de la constitución ideal de los derechos, donde se ve involucrado el reconocimiento de la autonomía. El derecho a no ser coaccionado sobre la base de modelos de excelencia personal es, de este modo, parte de este grupo de derechos a priori que son condición del proceso democrático”¹⁷⁵.

Por último, se refiere a “la constitución como una práctica social”, entendida como una convención derivada de la “constitución histórica”, dentro de la cual operan las decisiones democráticas; sin embargo, pueden existir normas que hayan sido emitidas a través de procedimientos democráticos, pero que sin embargo, su grado de incompatibilidad con el texto constitucional hace imposible la eficacia de las prácticas democráticas que tienen como base dicha constitución histórica¹⁷⁶.

4.4.9. Roberto Gargarella y las expresiones del constitucionalismo dialógico:

Roberto Gargarella identifica cuatro expresiones de este modelo “dialógico” de constitucionalismo en las últimas décadas. Primero, aborda el caso de la reforma canadiense de 1982 en materia de derecho, donde se consagra la cláusula de “no obstante” o “*not*

¹⁷⁵ibídem. Pág. 277-280.

¹⁷⁶ Ibídem. Pág. 280-281.

with standing clause” establecida en la sección 1 y 33 de dicha norma fundamental sostiene que los derechos allí consagrados pueden encontrarse limitados solo por aquellas que puedan ser “demostrablemente justificadas en una sociedad libre y democrática” y en segundo lugar, que el Poder Legislativo puede extender la vigencia de dicha norma (la cual pese a estar en una situación de tensión con la *Charter of Rights*) por periodos renovables de cinco años¹⁷⁷.

De este modo la interpretación constitucional en sede judicial puede tener como efecto que el Poder Legislativo reaccione previniendo la lesión de determinados derechos –de existir tal peligro–, o que reafirme su postura evitando la supremacía judicial, lo que obliga a una constante interacción dialógica de ambos poderes. Es por ello que Gardbaum reconoce los siguientes beneficios a dicho modelo: fortalece la práctica legislativa y la discusión pública, manteniendo la última palabra en el Poder Legislativo; convierte el monólogo judicial en diálogo interinstitucional; aumenta la legitimidad de los tribunales al otorgar la función de estándares constitucionales que deberán aplicar las legisladores; y reduce la tensión entre la tutela de los derechos y un modelo democrático de toma de decisiones¹⁷⁸.

En segundo lugar, encontramos a lo que denomina “nuevo modelo constitucional del Commonwealth”¹⁷⁹, el cual comprender reformas

¹⁷⁷ GARGARELLA, Roberto, “El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y Contrapesos”, Revista Argentina de Teoría Jurídica, Volumen 14 (Diciembre de 2013). Pág. 1.

¹⁷⁸ Citado por NIEMBRO, Roberto, “La justicia constitucional de la democracia deliberativa”. Tesis para optar el grado de Doctor. Departamento de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2017, Madrid. Pág. 121. Este proceso, desde la posición de las cortes se produce de la siguiente manera -como apunta Mariano Melero Torres-: “Desde la sentencia en R. v. Big, la Corte aplica la sección 1 mediante una argumentación en dos etapas: analiza primero si existe una infracción de los derechos protegidos, para luego decidir si tal infracción puede salvarse adecuadamente con alguna justificación razonable” MELERO DE LA TORRE, Mariano, “La interpretación constructiva en el constitucionalismo commonwealth: ¿activismo o vandalismo judicial?”, Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad Nº 5, septiembre 2013 - febrero 2014, pp. 27-49, ISSN 2253-6655. Pág. 30.

¹⁷⁹ Respecto a este modelo, apunta Mariano Melero de la Torre lo siguiente: “Tras la Segunda Guerra Mundial, sin embargo, el constitucionalismo norteamericano se extendió a la mayoría de los sistemas jurídicos democráticos, imponiéndose como modelo predominante. En este nuevo escenario, los sistemas

en materia constitucional producidas en el Reino Unido (1998), Nueva Zelanda (1990), Australia (2004) y Victoria (2006), el cual se presenta como un tercer modelo, superando el modelo establecido en los Estados Unidos y el del “viejo” Commonwealth, el cual si bien mantiene ciertos rasgos de dicha tradición, ha sido complementado con declaraciones de derechos que para el autor resultan novedosas y los mecanismos para su protección, incorporando una revisión política de constitucionalidad, obligando a los órganos legislativos realizar un análisis sobre la constitucionalidad de aquella norma que se pretende aprobar, y en segundo lugar una revisión judicial de la constitucionalidad de las normas en sentido “débil” (es decir, sin supremacía judicial), generando mayor diálogo entre dichos poderes¹⁸⁰. Este modelo buscaría armonizar la supremacía parlamentaria con la protección de derechos fundamentales¹⁸¹.

En tercer lugar, hace referencia al derecho a la consulta previa establecido en el Convenio N° 189 de la OIT de 1989, la cual obliga –en el artículo 6.1°- a la Estados a establecer las medidas adecuadas de consulta cuando se pretenda adoptar medidas administrativas o legislativas que los afecten, con el fin de lograr un acuerdo o su consentimiento respecto a la medida (art. 6.2). Del mismo, hace referencia a la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos indígenas del 2007 y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha institucionalizado como principio general del Derecho Internacional al proceso de consulta. Estos mecanismos han sido

parlamentarios basados en el modelo Westminster se vieron obligados a explorar la idea de otorgar una mayor preeminencia a los derechos humanos sin abandonar completamente su confianza en la acción del parlamento. Uno tras otro fueron incorporando en su sistema jurídico una carta de derechos fundamentales que, como norma constitucional o como simple ley ordinaria, obligaba al Estado a justificar cualquier limitación de los derechos protegidos”. MELERO DE LA TORRE, Mariano, Óp. Cit. Pág. 28.

¹⁸⁰GARGARELLA, Roberto, “El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y Contrapesos”, Óp. Cit. Págs. 1-2.

¹⁸¹ MELERO DE LA TORRE, Mariano, Óp. Cit. Pág. 28.

activados por lo general a raíz de los problemas suscitados entre proyecto de megaminería y las comunidades indígenas¹⁸².

En cuarto lugar, Gargarella se refiere a las prácticas dialógicas que se han producido en América Latina, relacionadas con graves e importantes casos de violaciones de los derechos, frente a los cuales algunos Tribunales en esta región han propiciado el diálogo, al incorporar medidas como la convocatoria a audiencias públicas, donde permitieron la participación de personas distintas a las partes involucradas, presentándose representantes de la sociedad civil. De esta manera, llevaron dichos problemas a discusión respecto a su solución en el espacio público. Casos como estos se han producido en Brasil, sobre la salud pública, en Argentina sobre la Ley de Medios, las cárceles y el medio ambiente y en Colombia respecto a la situación de los presos, el medio ambiente, salud y el desplazamiento forzado¹⁸³.

4.4.10. Christopher Zurn y las instituciones de la revisión judicial:

Para Christopher Zurn, la democracia deliberativa al concebir a todos los ciudadanos como “agentes morales en términos de sus capacidades de razonamiento”, establece como criterio de legitimidad de las decisiones políticas, el ser producto del razonamiento de ciudadanos libres e iguales interesados en la solución colectiva de sus problemas (bajo el criterio de razón-receptividad), lo que se justificaría bajo los ideales de igualdad política y autonomía¹⁸⁴.

De esta manera, respecto al discurso que producen los jueces constitucionales al ejercer la función de control de constitucionalidad, al no ser un discurso de aplicación (como lo

¹⁸² GARGARELLA, Roberto, “El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y Contrapesos”, Óp. Cit.. Pág. 2

¹⁸³ídem.

¹⁸⁴ ZURN, Christopher, *Deliberative Democracy and the institutions of judicial review*, Cambridge University Press, 2007, New York. Pág. 81.

realizan los jueces ordinarios), sino un discurso de justificación -en cuanto por su estructura está abierta a profundos desacuerdos sobre su interpretación- requiere necesariamente la participación de todos los afectados; sin embargo, esto no sería la única condición para tornar legítimo dicho poder, si no incorpora mecanismos institucionales orientados a reforzar la democracia deliberativa¹⁸⁵.

La crítica de Zurn respecto a la supremacía judicial, parte de la idea de que apartar a los ciudadanos del debate constitucional, significaría que “conocen mejor que los ciudadanos como vivir sus vidas como ciudadanos libres y autónomos en una forma de asociación política bajo la ley”¹⁸⁶. Para superar las deficiencias democráticas del control de constitucionalidad, Zurn¹⁸⁷ propone cuatro reformas en el diseño institucional de la revisión judicial:

- (I) El establecimiento de jurados para la autoevaluación de las ramas legislativa y ejecutiva de los gobiernos nacionales: La primera medida, comprende el establecimiento de jurados en las ramas señaladas, con la finalidad de que tengan la responsabilidad de evaluar la constitucionalidad de las propuestas o proyectos de regulación antes que formen parte del ordenamiento jurídico, debiendo volver a presentarlos dichos órganos de determinar los jurados la presencia de deficiencias en términos constitucionales¹⁸⁸.
- (II) Varios mecanismos para el debate entre los ramas del gobierno y la dispersión decisional con respecto a la elaboración constitucional: Esta medida se refiere a estructurar el debate entre las ramas de gobierno respecto a las propuestas constitucionales que surgen fuera de las modales formales de enmienda, inyectando tiempo para la deliberación entre las ramas

¹⁸⁵ NIEMBRO, Roberto, La Justicia Constitucional de la Democracia Deliberativa, Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2017, Madrid. Pág. 10

¹⁸⁶ Traducción nuestra. ZURN, Christopher, Óp. Cit. Pág. 124.

¹⁸⁷ZURN, Christopher, Óp. Cit. Pág. 301.

¹⁸⁸Ibidem.Pág. 302.

sobre dichas cuestiones antes de la solución final, dispersando el poder que suele mantener en solitario la corte constitucional¹⁸⁹.

- (III) Facilitar los requisitos de enmienda constitucional en sistemas “excesivamente obstinados”: Al respecto, señala Zurn, que por un lado, una constitución debe ser lo suficientemente difícil de reformar como para mantener la distinción entre las norma constitucional y las normas subordinadas, pero al mismo tiempo debe ser lo suficientemente flexible como para que puedan ejecutarse los cambios democráticos logrados, sin realizar un reemplazo de Constitución¹⁹⁰. Asimismo señala, que la estructuración del proceso de enmienda, estructurados desde la teoría de la democracia deliberativa,

- (IV) Establecer foros constitucionales cívicos en sustitución de los procedimientos tradicionales de enmienda. Señala Zurn, que la legitimidad democrática desde la teoría de la democracia deliberativa “apunta a un sistema de ley donde los ciudadanos pueden entenderse a sí mismos como sujetos y autores de esa ley, y sieso solo es alcanzable bajo las condiciones modernas en la suposición de que los procedimientos democráticos solo justifican la expectativa de mejores decisiones, entonces no podemos simplemente dar por sentado los procedimientos heredados como los mejores posible”¹⁹¹.

5. POSIBILIDADES DE CONFIGURACIÓN DE UN CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DIALÓGICO EN EL PERÚ:

¹⁸⁹ ZURN, Christopher, Óp. Cit. Pág. 305

¹⁹⁰ibídem. Pág. 31V)

¹⁹¹Traducción nuestra. ibídem. Pág. 341.

5.1. El potencial dialógico de las sentencias exhortativas:

El control de constitucionalidad, entendida como la facultad de determinado órgano de determinar la conformidad de determinada norma de rango infra constitucional con el contenido de la Constitución, se ha expresado –como apunta Nestor Sagües– tradicionalmente (en los procesos de inconstitucionalidad) en dos tipos de sentencias: las estimativas, donde es declarada la inconstitucionalidad de una norma y desestimativas cuando es rechazada la alegación del estado inconstitucional de una norma.

Sin embargo la posibilidad de que esta declaración genere un vacío normativo y genere altos costos sociales, se han creado desde el derecho procesal constitucional fallos que trascienden la clasificación tradicional, las denominadas sentencias “atípicas”, o también llamadas “manipulativas”, “interpretativas” o “modulatorias”¹⁹².

Humberto Nogueira se refiere a las sentencias atípicas como “creaciones instrumentales” que tienen el fin de operativizar los valores y principios constitucionales a través de la explicitación de su fuerza normativa adecuando las normas infraconstitucionales, buscando evitar se produzcan situaciones de “mayor inconstitucionalidad” a través de las tradicionales sentencias estimatorias”¹⁹³.

Es en este marco, en el cual los tribunales han desarrollado fórmulas para responder a la complejidad de los problemas y las consecuencias derivadas de la función de control de constitucionalidad (sobre todo cuando esto implica la expulsión de

¹⁹²SAGÜES, Néstor. "Las sentencias constitucionales exhortativas". *Estudios Constitucionales*, vol. 4, no. 2, 2006, pp. 189-202. Editorial Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Págs. 190-191. Disponible en: <http://www.redalyc.org/html/820/82040109/>

¹⁹³NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "Consideraciones sobre las sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos en América del Sur". *Ius et Praxis*, vol. 10, no. 1, 2004, pp. 113-158. Editorial Universidad de Talca. Pág. 137. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19711004>

una norma del ordenamiento jurídico), que encontramos a las denominadas “sentencias exhortativas”, como una de esas fórmulas.

Al igual que en el caso general de las sentencias “atípicas”, respecto a las sentencias exhortativas no existe un consenso respecto a su definición, alcances y límites. De esta forma, son consideradas como tal, desde sentencias que contienen simples recomendaciones al legislador, hasta aquellas que establecen un mandato al legislador de regular determinada materia en los términos constitucionales establecidos por la corte, bajo apercibimiento de ser declarada definitivamente inconstitucional en una segunda sentencia¹⁹⁴(y las consecuencias que eso acarrea en cada ordenamiento jurídico).

Esta situación ha producido que las opiniones se polaricen de la siguiente forma: están quienes sostienen que el ejercicio de dicha potestad no implica una “invasión” a la esfera de actuación del legislador en cuanto constituyen solo sugerencias o recomendaciones; y otros quienes señalan que resultan en un condicionamiento de las competencias del órgano legislativo, medidas como la imposición de plazos para su cumplimiento¹⁹⁵,

Sin embargo, más allá de dicha polémica, algunas de las justificaciones que se han esbozado a partir de la observación de su reciente configuración y desarrollo, estas sentencias se han presentado como llamados a “la actuación diligente del legislador “para cubrir el eventual estado de inconstitucionalidad o para superar la situación producida por el desarrollo o evolución

¹⁹⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, Óp. Cit. Pág. 149. De esta manera, existen posiciones como la de Hernán Olano, donde plantea que dichas sentencias si bien realizan una apelación al legislador para que dentro de un plazo realice una acción respecto a una norma bajo el apercibimiento de que el Tribunal declare nula la norma cuestionada; hasta que dicho apercibimiento no ocurra se entiende como “situaciones aún constitucionales”. OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, “Tipología de nuestras sentencias constitucionales”, Vniversitas, n° 108, diciembre, 2004, pp. 571-602, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá. Pág. 581. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/825/82510813.pdf>

¹⁹⁵ SAGÜES, Néstor. Óp. Cit. Pág. 194.

científico o técnico, que exige una adecuación a la nueva realidad”¹⁹⁶.

El Tribunal Constitucional peruano en la sentencia recaída en el EXP. N.º 004-2004-CC/TC, ha establecido una tipología de las sentencias derivadas de procesos constitucionales. Entre esa lista, dentro de las sentencias estimativas de tipo interpretativo-manipulativas (o normativas), se encuentra una que a diferencia de las otras, presenta ciertas características que presentan un potencial dialógico, incluso dentro del modelo de constitucionalismo “fuerte”, en cuanto implica un reenvío, una comunicación al órgano legislativo solicitando actúe en ejercicio de sus potestades respecto a una situación que se considera inconstitucional. Estas sentencias son las denominadas como “exhortativas”.

El Tribunal Constitucional, ha definido a estas sentencias, como aquellas donde dicho órgano declara la existencia de una incompatibilidad parcial o total de una norma con rango de ley, sin expulsarla del ordenamiento jurídico, recomendando al órgano legislativo, la emisión de una ley “acorde a las normas, principios o valores constitucionales” en un plazo determinado o determinable (razonable). Dicho lapso se denomina “*vacatio sententiae*” (análogo al *vacatio legis*), en tanto los efectos de la sentencia (en este caso declarando la inconstitucionalidad y expulsando dicha norma del ordenamiento jurídico) se encuentran diferidos. Estas sentencias pueden concluir de tres formas: a) se expide la ley sustitutiva en los términos expresados por el Tribunal Constitucional; b) Se acaba el periodo de “*vacatio sententiae*”, y el legislador ha incumplido con la exhortación del TC al no emitir la norma en el plazo señalado, aplicándose plenamente los alcances de la sentencia y c) se expide una segunda sentencia, ante el

¹⁹⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, Óp. Cit. Pág. 149.

incumplimiento del legislador del uso de sus facultades dentro del plazo señalado¹⁹⁷.

De esta manera, la característica principal de este tipo de sentencias es el periodo de “*vacatio sententiae*”, lo que implica que si bien el Tribunal Constitucional, deja la labor de establecer una corrección frente a una norma declarada inconstitucional bajo los términos fijados al Poder Legislativo, mantiene la última palabra institucional, en cuanto la inactividad del Poder Legislativo, o la no satisfacción “*in toto*” de los términos establecidos por el TC, lo lleva a corregir dicha situación, expulsando la norma en virtud de su función de legislador negativo (o como veremos más adelante, supliendo una omisión legislativa, tomando una posición más activa).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha emitido sentencias en las cuales exhortó al Poder Legislativo actúe corrigiendo alguna deficiencia en términos constitucionales de la legislación, esto en virtud de “su función armonizadora ante los conflictos” y del principio de persuasión, entendiendo estas deficiencias como normas que “conspira(n) contra la adecuada marcha del sistema constitucional”, sin efecto vinculante¹⁹⁸.

Es posible afirmar que las sentencias exhortativas permiten disminuir las críticas a la legitimidad democrática realizadas contra el Tribunal Constitucional, tanto como las derivadas de su representatividad de “segundo grado” (al ser elegidos sus miembros por los congresistas), como por las deficiencias que pueda tener el

¹⁹⁷ Tribunal Constitucional, STC. Exp. N.º 004-2004-CC/TC, fundamento 3.3.3.

¹⁹⁸ Ejemplo de sentencias emitidas en este sentido encontramos “los Expedientes Acumulados N.os 001/003-2003-AI/TC, en donde se exhorta al Poder Ejecutivo para que, en salvaguarda del principio de seguridad jurídica que debe informar al Sistema Registral, reglamente el uso del formulario registral legalizado por notario, previsto en el segundo párrafo del artículo 7º de la Ley N.º 27755; o la sentencia del Expediente N.º 022-2003-AI/TC, en donde se exhorta a la autoridad competente y a los Poderes del Estado involucrados a asumir las funciones que, conforme al artículo 102.º, inciso 7.º de la Constitución y a las normas de desarrollo, le corresponde en materia de delimitación territorial, especialmente en lo que respecta a la controversia suscitada por los límites territoriales de la Isla Lobos de tierras, que genera un conflicto entre los gobiernos regionales de Lambayeque y Piura”. Tribunal Constitucional, STC. Exp. N.º 004-2004-CC/TC, fundamento 3.3.3.

proceso de inconstitucionalidad, desde el punto de vista de la participación de la sociedad civil, lo que no implica que esto sea solo un diálogo entre las cortes y el parlamento, sino debe extenderse para involucrar cada vez más las voces de la sociedad civil.

Por otro lado, mejora la calidad de las decisiones legislativas, pudiendo establecerse estándares y advertir situaciones que desde los foros legislativos no se advierten a partir del desarrollo de los valores y principios constitucionales, lo que implicará a la larga una mayor y mejor justificación de las decisiones legislativas en términos constitucionales.

Sin embargo, se puede cuestionar que las sentencias exhortativas en las cuales se declara la inconstitucionalidad de una norma, no obstante la “*vacatio sententiae*”, ante la existencia de un mandato imperativo al Poder Legislativo, el cual no tiene la posibilidad de resistirse o justificar su accionar en términos constitucionales (como en el caso de la cláusula “no obstante” de la Carta de Derechos canadiense), la existencia de un “supremo intérprete de la Constitución” pueda impedir la configuración de un constitucionalismo dialógico.

Sin embargo, la existencia de un órgano que posea la última palabra institucional no cierra la posibilidad de establecer una revisión judicial dialógica, pues tal como señala Conrado Hubner Mendes, esta se determinará de la interacción entre las instituciones en el proceso de búsqueda del mejor, es decir, en su desempeño deliberativo¹⁹⁹.

De esta manera, será a partir de su “desempeño” que resultarán legitimadas las decisiones, entendiendo este desempeño como una

¹⁹⁹MENDES, Conrado H., “Una división de poderes deliberativos entre el diálogo y la última palabra”. En: Gargarella, Roberto (ed.) Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática, Siglo XXI Editores Argentina, 2014, pp. 159-185. Pág. 177.

práctica de diálogo, de esbozo de argumentos y contra-argumentos, en un proceso en el cual ambas instituciones se empujan unas a otras a elaborar mejores justificaciones.

Esto no podría ser posible sin la separación de poderes, en tanto primera condición, sin embargo, la interacción que surge en la práctica puede tomar diversos caminos, en este caso, el planteamiento de Mendes propone la deliberación y el diálogo como el camino ideal para potenciar las credenciales democráticas de dichos órganos, más allá de cuestiones puramente procedimentales como quien tiene la última palabra, lo que desde esta perspectiva, no otorgaría tampoco una legitimidad per se.

De esta manera, autores como Giuffré, incluyen a las sentencias exhortativas dentro del grupo de arreglos institucionales que han surgido en “clave dialógica”²⁰⁰. Gargarella, incluye las exhortaciones de los tribunales entre las “respuestas dialógicas”²⁰¹. Sin embargo, otros autores como Linares son menos optimistas, pues consideran a las sentencias exhortativas (en tanto sentencia interpretativa) como deficitarias en tanto canal de diálogo inter-orgánico²⁰².

5.2. El diálogo interinstitucional en la implementación de las sentencias estructurales:

Hakansson Nieto define a las sentencias estructurales como aquella declaración que hace la corte o tribunal constitucional respecto a hechos donde se identifica una violación “masiva, constante y generales” de los derechos constitucionales, que afectan a un grupo

²⁰⁰ GIUFFRÉ, Carlos Ignacio, “Democracia deliberativa y surgimiento del constitucionalismo dialógico”. Óp. Cit. Pág. 47. También en: GIUFFRÉ, Carlos Ignacio & SCIVOLETTO, Gonzalo, “Diálogo y activismo judicial. Una mirada crítica de la imparcialidad a partir de El Federalista”, Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas, Vol. 20, 2018, pp. 1-19. Pág. 2.

²⁰¹ GARGARELLA, Roberto & Paola BERGALLO, “Presentación”, en: Gargarella, Roberto (comp.), Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática, Siglo Veintiuno Editores, 2014, Buenos Aires, pp. 9-13. Pág. 12

²⁰² LINARES, Sebastián, “El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas”, Revista Mexicana de Sociología vol. 70, núm. 3, 2008, pp. 487-539. Pág. 514

de personas (incluyendo a aquellas afectadas no han iniciado el proceso constitucional), por omisión, impertinencia o ineficacia de políticas públicas para satisfacer dichos derechos²⁰³.

Las sentencias estructurales o declaración de estado de cosas inconstitucional ha sido desarrollado principalmente por la Corte Colombiana y recepcionada por el Tribunal Constitucional peruano. Sin embargo, podemos encontrar como antecedentes de estas declaraciones en los Estados Unidos a través de la fuente del litigio complejo relativas a cuestiones de discriminación racial sistémica, la salud o el sistema carcelario. Así, Nash y Núñez señalan:

“(…)A través de las structural injunctions las Cortes de EE.UU. persiguen concretar la reorganización de una institución social y reparar a través de dicha reforma organizacional el daño que las propias agencias públicas pueden producir al violar ciertos derechos constitucionales”²⁰⁴.

El TC, a través de la STC N° 04878-2008-PA/TC, identificó a las sentencias estructurales como aquellas que extienden sus efectos más allá de las partes que participaron en el proceso, identificando que existen otros que se encuentra en la misma situación declarada como inconstitucional por una acción u omisión; así como requieren a los órganos estatales que realicen o dejen de realizar la acción u omisión que genera la violación de derechos fundamentales en un plazo razonable (el incumplimiento de la exhortación constituye incumplimiento de la sentencia constitucional). Asimismo, si en la sentencia se ordena que no se lleven a cabo determinados actos, si luego de cumplirse, con el paso del tiempo vuelven a realizarse dichos actos, pero afectando a personas que no participaron originalmente en el proceso inicial, estas se encuentran legitimadas para pedir se repriman tales actos.

²⁰³ Citado por: DÁVILA-SEMINARIO, Carmen, “Legitimidad del Tribunal Constitucional para declarar un estado de cosas inconstitucional: alcance y límites de dicha atribución”, Tesis para optar el título de Abogado, Universidad de Piura, 2018, Piura. Págs. 24-25

²⁰⁴ NASH, Claudia y Constanza NÚÑEZ, “Sentencias estructurales, momento de evaluación”, Revista de Ciencias Sociales, Volumen monográfico extraordinario, Universidad Valparaíso (Chile), 2015, pp. 267-293. Pág. 270

El TC peruano hasta la fecha ha emitido las siguientes sentencias estructurales:

Sentencias que declaran un estado de cosas inconstitucional emitidas por el Tribunal Constitucional peruano	
N°	Declaración
STC 00009-2015-AI/TC	Prohibición de doble percepción de ingresos para los pensionistas del Estado (caso contra el DL 1133)
STC 00799-2014-PA/TC	Ejercicio de las competencias por parte de la Oficina de Normalización Previsional (Caso Mario Eulogio Flores Callo)
STC 00889-2017-PA/TC	Derecho a que el Estado se comunique oficialmente también en lenguas originarias (Caso María Antonia Díaz Cáceres de Tinoco)
STC 00853-2015-PA/TC	Disponibilidad y accesibilidad a la educación de personas en extrema pobreza del ámbito rural (Caso Marleni Cieza Fernández y otra)
STC 04539-2012-AA/TC	Aplicación de sanciones por parte de la Sunat (Caso Sindicato de trabajadores tributarios y aduaneros)
STC 02744-2015-PA/TC	Falta de una norma legal o reglamentaria que regule un procedimiento unificado, claro y específico, donde se precisen las garantías formales y materiales de los migrantes sujetos a un procedimiento migratorio sancionador (Caso Jesús de Mesquita Oliviera y otros)
STC 01126-2012-PA/TC	La declaración de paternidad o maternidad no debe dar lugar a sanción administrativa en una institución educativa policial o militar (Caso Dogner Lizith Díaz Chiscul)
STC 01722-2011-PA/TC	Irrenunciabilidad de los derechos laborales (Caso Sindicato de trabajadores de la Municipalidad de Lima-SITRAMUN)
STC 03426-2008-HC/TC	Política de tratamiento y rehabilitación de la salud mental de personas que se encuentran sujetas a medidas de seguridad de internación por padecer de una enfermedad mental (Caso Pedro Gonzalo Marroquín Soto)
STC 0017-2008-PI/TC	Derecho de acceso a una educación universitaria de calidad (Caso de la creación de filiales universitarias)
STC 05561-2007-AA/TC	Participación temeraria, obstructiva y contraria a la jurisprudencia y precedentes por parte de los abogados de la Oficina de Normalización Previsional (Caso Oficina de Normalización previsional)
STC 6626-2006-PA/TC	Aplicación del principio de reserva de Ley en materia tributaria (Caso Importadora y Exportadora A.S. S.C.R.L.)
STC 03149-2004-AC/TC	Ejecución de resoluciones que declaran un derecho concedido en la Ley del Profesorado (Caso Gloria Marleni Yarlequé Torres)
STC 02579-2003-HD/TC	Acceso a información en poder del CNM (Caso Julia Eleyza Arellano Serquén)

Cuadro N° 10 : Elaborado en base a la información consignada en el Portal Web del Tribunal Constitucional <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/estado-de-cosas-inconstitucional/>

Para Roberto Gargarella, es posible concebir a las sentencias estructurales como expresión de un Nuevo Constitucionalismo Dialógico en tanto:

“Ante litigios de tipo estructural (...), que involucran problemas públicos de primera importancia y masivas y graves violaciones de derecho, los tribunales se han animado a tomar medidas originales, que incluyen convocatorias a audiencias públicas de las que a menudo participan no sólo las partes involucradas (encabezadas por representantes estatales de niveles y jurisdicciones diferentes), sino también distintos representantes de la sociedad civil (desde organizaciones de consumidores hasta movimientos de víctimas). Por medio de dichas audiencias, los tribunales 1) han dejado de lado una tradicional actitud de autorrestricción y deferencia al legislativo; 2) se han comprometido ante violaciones de derechos que antes dejaban virtualmente desatendidas; 3) han tendido a destrabar, impulsar y poner en el foco público discusiones difíciles y de primera importancia acerca de cómo resolver esas violaciones de derechos, y 4) han hecho todo esto sin interferir en el ámbito de decisión democrática propio del poder político y, por tanto, sin arrogarse una legitimidad o poderes que no poseen”.

Estas sentencias, como se ha podido observar, han emitido declaraciones respecto a situaciones que afectan particularmente los Derechos, Económicos, Sociales y Culturales de la Población. Sin embargo, la naturaleza de estos derechos exige para su satisfacción, el desarrollo de políticas públicas. Es así que como señala Rojas Bernal, cobra vital importancia desde la óptica del constitucionalismo dialógico, la implementación de estas sentencias y el rol que deben cumplir las cortes con relación al diseño de dichas políticas públicas por los órganos encomendados, en el marco de la separación de poderes y la deferencia hacia el sistema democrático:

“en efecto, la solución a los problemas de violación estructural de los derechos no pasa por una decisión vertical y autoritativa de las cortes, sino por una decisión dialogada y consensuada entre los propios actores involucrados: se favorece, así, una rama judicial siempre proclive al diálogo y a la cooperación entre las instituciones cuya actuación conjunta es requerida para revertir tales problemas”²⁰⁵.

²⁰⁵ ROJAS BERNAL, Jose Miguel, “Nuestro incipiente ‘activismo dialógico’: las sentencias estructurales del Tribunal Constitucional”. En: Igualdad, derechos sociales y control de políticas públicas en la jurisprudencia constitucional. Juan Manuel Sosa Sacio (Coordinador). Palestra, 2017, Lima. Pág. 225.

El TC, ha reconocido que, hasta el mes de junio de 2018, un total de 97 sentencias que contenían diversas exhortaciones o mandatos a los otros órganos estatales (entre las que se encuentran sentencias estructurales) enfrentaban problemas de implementación. Frente a ello, se crea mediante Resolución Administrativa N° 054-2018-P/TC la Comisión de Seguimiento y Cumplimiento. Esta comisión se encuentra facultada para pedir informes, realizar las coordinaciones necesarias entre las instituciones, convocar a las audiencias de control de cumplimiento procurando "generar una lógica de colaboración y de comprensión de lo que resuelve y eso pasa por evaluar cómo están funcionando las cosas y eventualmente con esa evaluación comprobar que de repente algunos pronunciamientos requieren ajustes"²⁰⁶. Muestra de ello, en el caso del cumplimiento de la STC N° 00889-2017-PA/TC, referida a que la información y gestiones vinculadas a servicios públicos deben brindarse en el idioma originario predominante en cada región, realizando las siguientes acciones:

“(…) coordinaciones, entre otras (…) con el Ministerio de Cultura. El 6 de agosto se realizó una sesión en Abancay (…) asistieron la ministra de Cultura; los dos congresistas elegidos por la región Apurímac; su gobernador regional; la presidenta del Sistema Nacional de Evaluación, Acreditación y Certificación de la Calidad Educativa del Ministerio de Educación (Sineace), entre otras autoridades, se dio cuenta de las acciones adoptadas y por realizar en cumplimiento de esta sentencia. Así, se ha efectuado un primer curso con la participación del Ministerio de Cultura y del Sineace, que ha permitido la capacitación de 323 funcionarios, entre ellos incluso el gobernador regional de Apurímac para garantizar un servicio público en quechua chanca. Cursos similares se llevarán a cabo en Ayacucho y Cusco; y se prepara otro en lenguas originarias amazónicas”²⁰⁷.

Es así como, esta Comisión realiza la función de agente articulador del diálogo interinstitucional, así como entre las instituciones y la sociedad civil, activando los mecanismos que faciliten la

²⁰⁶ ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy, “El TC pretende asegurar que sus sentencias se entiendan y cumplan”, Diario El Peruano, 21/6/2018. Entrevistado por: Paul HERRERA. Disponible en: <https://elperuano.pe/noticia-el-tc-pretende-asegurar-sus-sentencias-se-entiendan-y-cumplan-67480.aspx>

²⁰⁷ “Se cumple sentencia sobre lenguas originarias en el Perú”. Gaceta Constitucional, 31/08/2018. Disponible en: <http://www.gacetaconstitucional.com.pe/index.php/2018/08/31/se-cumple-sentencia-sobre-leguas-originarias-en-el-peru/>

interacción dialógica, como foros participativos. De esta manera, como señala el Tribunal Constitucional en la STC N° 2579-2003-HD/TC, párrafo 4 del fundamento 20., la declaración de estado de cosas inconstitucional se fundamenta en: « (...) el deber de colaborar armónicamente con los restantes órganos del Estado para la realización de sus fines”.

Sin embargo, existieron situaciones en las que la labor del Tribunal Constitucional relacionada con la declaración de estado de cosas inconstitucional es percibida como un exceso, rebasando los límites de la “colaboración armónica”. Por ejemplo, para Dávila Seminario, en la STC N° 05561-2007-PA/TC, al ordenar a la ONP allanarse o desistir de sus demandas constitucionales en curso y en las que la pretensión única se refiere a la misma materia demandada, ordenando a dicha entidad pública cómo debe actuar procesalmente. Otro caso es el de la STC N° 00017-2008-PI/TC, relativo a la calidad de la educación universitaria, donde ordena crear “una Superintendencia altamente especializada, objetivamente imparcial, y supervisada eficientemente por el Estado, que se encargue de evaluar a todas las universidades del país y de sus filiales, y señaló las competencias que esta superintendencia debería tener”, considerando dicha intervención como un acto análogo al diseño de una política concreta²⁰⁸.

5.3. La concepción deliberativa de la democracia en la declaración de inconstitucionalidad de los vicios deliberativos en los procedimientos legislativos:

Rojas Bernal²⁰⁹ y Sosa Sacio²¹⁰, concuerdan en que es posible identificar a las sentencias estructurales como expresión de un

²⁰⁸ DÁVILA-SEMINARIO, Carmen, óp. cit. Págs. 80-81.

²⁰⁹ ROJAS BERNAL, Jose Miguel, Óp. Cit.

²¹⁰ SOSA SACIO, Juan M. “Los derechos sociales, su exigibilidad y el activismo judicial dialógico como ideal a seguir”. En J. M. Sosa-Sacio (coord.), Igualdad, derechos sociales y control de políticas públicas en la jurisprudencia constitucional (pp.63-91). Lima, 2017, Palestra.

“incipiente constitucionalismo dialógico” forjado al interior del Tribunal Constitucional, en tanto –como vimos anteriormente– han promovido interacciones entre los poderes públicos y la sociedad civil. Sin embargo, podemos identificar expresiones de este tipo a través de las sentencias que realizan un control de constitucionalidad respecto a los procedimientos legislativos, identificando “vicios deliberativos”, lo que ha llevado a esta corte a desarrollar doctrina al respecto incorporando elementos de una concepción deliberativa de la democracia.

Por ejemplo, en la Sentencia recaída en el Exp. N° 00015-2012-PI/TC, el Magistrado Espinoza-Saldaña a través de su voto singular, señala que los vicios producidos en la instancia deliberativa del procedimiento de promulgación de normas, no debe considerarse solamente como un vicio formal, sino como una infracción grave al principio democrático en tanto principio constitucional (fundamento 2). Además, que, es posible identificar como vicios deliberativos a la carencia en la argumentación, la falta de espacios de discusión y revisión de las decisiones, afirmando que el criterio que determina la legitimidad de las decisiones políticas son las propias razones que se han esgrimido a su favor, por lo que excluye de ella la imposición arbitraria, advirtiendo a partir de ello la existencia de un “giro argumentativo o deliberativo en la concepción de la democracia” (fundamento 3).

En la sentencia recaída en el Exp. 0006-2018-PI/TC, el Tribunal Constitucional considera que el principio de separación de poderes consagrado en el artículo 45° de la Constitución comprende el principio de “solución democrática”. Es decir, que debe preferirse el diálogo institucional “a través de los espacios de deliberación pertinentes y adecuados para enfrentar los conflictos políticos” (fundamento 56°). Asimismo, el tribunal ha señalado que el modelo de separación de poderes no sólo incluye el sistema de frenos y

contrapesos, sino el de cooperación y coordinación de poderes (fundamento 47°), lo que en un principio evidencia cierta incompatibilidad, dependerá del compromiso de los jueces con las soluciones dialógicas antes de aplicar los mecanismos de veto.

En la sentencia recaída en el Exp. 0006-2018-PI/TC, la Magistrada Ledesma Narváez fundamenta su voto advirtiendo que existe un íntima relación entre la democracia parlamentaria y la deliberación, ello en el marco de un Estado Constitucional, así como que ésta deliberación debe incluir a los afectados (o sus representantes):

“En un Estado Constitucional, las leyes deben ser elaboradas con una suficiente, aunque mínima deliberación. Pero no sólo deliberación en el Pleno del Parlamento, en una sola votación, sino deliberación entre congresistas en las comisiones especializadas con la ayuda de especialistas y representantes de los diferentes sectores que serán materia de regulación. Si las leyes van a desarrollar y limitar los derechos fundamentales de las personas y por su alcance general van a regular amplios ámbitos de la sociedad, tienen que ser sustentadas en el más extenso nivel deliberativo”.

En la sentencia recaída en el Exp. N° 00006-2017-PI , el Tribunal señala que si el Congreso es el espacio de deliberación pública por excelencia, no deben confundirse ciertas prácticas que se producen en la toma de decisiones con deliberación, por ejemplo, el voto, pues –siguiendo lo establecido en los párrafos anteriores sobre el criterio de legitimidad adoptado- son las razones las que sustentan dichos votos las que otorgan legitimidad a la decisión (fundamento 4°).

La sentencia recaída en el Exp. 0006-2018-PI/TC, el magistrado Espinosa-Saldaña en la fundamentación de su voto se refiere a la existencia de un subprincipio derivado del principio democrático denominado “principio de deliberación” (arts. 3° y 43° de la Constitución), el cual consiste “la discusión abierta e inclusiva de los asuntos públicos, la necesidad de ofrecer razones y espacios de deliberación o reflexión para la toma de decisiones, la existencia de mecanismos de fiscalización y control del poder, etc.)”.

Habiendo advertido anteriormente que no basta con la definición del ideal democrático deliberativo, sino que es necesario establecer criterios para pasar a un segundo momento evaluativo, el magistrado Espinosa-Saldaña, en el fundamento 38° de su voto de la Sentencia recaída en el Exp. 0006-2018-PI/TC, propone dos criterios para evaluar la calidad de la deliberación: la exigencia y la suficiencia deliberativa. Respecto a la exigencia, señala que existen ciertos temas que por su importancia necesitan se realicen mayores esfuerzos en la discusión y la búsqueda de consensos por los participantes para la toma de decisiones (por ejemplo, temas relativos a derechos humanos o a la esencia del Estado). El criterio de suficiencia implica que se deben respetar dos condiciones mínimas al momento de exigir se tramite una resolución legislativa: 1) la condición de deliberación mínima, que implica el intercambio de razones sobre las propuestas legislativas tanto en las comisiones (donde debe permitirse la intervención de actores externos al parlamento) y el Pleno del Congreso; 2) el segundo criterio de reflexión o revisión, se refiere a que a partir de la reflexión respecto al contenido de la futura resolución legislativa y que se deben rendir cuentas a los actores que se puedan ver afectados o involucrados con la medida que se va a adoptar

En el fundamento 11° de la sentencia recaída en el Exp. 0013-2015-P1/TC, emitida recientemente (el 06 de junio de 2019) el Tribunal Constitucional, desarrolla la figura de la deliberación robusta como criterio de legitimidad, la cual se caracteriza por ser “plural, inclusiva, racional, y tendiente a acoger las mejores justificaciones, las cuales deben tener un carácter público”.

Como hemos podido observar, el Tribunal Constitucional ha incorporado una serie de elementos de la democracia deliberativa en su jurisprudencia, particularmente en aquella donde declara la inconstitucionalidad por vicios del procedimiento deliberativo. Así

en las decisiones destacadas, ha asumido una concepción argumentativa de la legitimidad (son las razones, no las instituciones las que legitiman), ha advertido la necesidad de intervención de los afectados o sus representantes en los foros deliberativos, así como ha elaborado criterios inspirados en el ideal regulativo para poder identificar los vicios en este sentido.

CAPITULO III
MARCO METODOLÓGICO

1. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS:

I.1. HIPÓTESIS PRINCIPAL:

La legitimidad democrática del control concentrado de constitucionalidad ejercido por los jueces constitucionales, debe ser resultado de una etapa necesaria de deliberación inclusiva entre todos los potencialmente afectados por la decisión resultante del ejercicio de dicho poder en condiciones de igualdad y libertad.

I.2. HIPÓTESIS SECUNDARIAS:

a. Son idóneos los mecanismos que propone la democracia deliberativa para aumentar el grado de legitimidad democrática del control concentrado de constitucionalidad, en tanto convierte al juez constitucional en garante de la participación discursiva de los potencialmente afectados y en promotor del diálogo interinstitucional.

b. El Tribunal Constitucional en el ejercicio del control concentrado de constitucionalidad, se encuentra en un grado medio de adecuación al ideal democrático deliberativo, en tanto, si bien es posible observar un “giro deliberativo” expresado en el favorecimiento de la intervención ciudadana y la interacción entre los órganos estatales, este se encuentra aún en proceso de desarrollo.

2. VARIABLES DE ESTUDIO E INDICADORES:

2.1. HIPÓTESIS PRINCIPAL:

Variable A: La legitimidad democrática del control concentrado de constitucionalidad ejercido por los jueces constitucionales desde la perspectiva de la teoría de la democracia deliberativa

Variable B: Una etapa necesaria de deliberación entre todos los potencialmente afectados por la decisión resultante del ejercicio de dicho poder en condiciones de igualdad

2.2. HIPÓTESIS SECUNDARIAS:

HIPÓTESIS SECUNDARIA (1):

Variable A: La idoneidad de los mecanismos que propone la democracia deliberativa para aumentar el grado de legitimidad democrática del control concentrado de constitucionalidad.

Indicador: Mecanismos deliberativos.

Variable B: El juez constitucional en garante de la participación discursiva de los potencialmente afectados y en promotor del diálogo interinstitucional

Indicador: El rol del juez en el Proceso de Inconstitucionalidad.

HIPÓTESIS SECUNDARIA (2):

Variable A: Un grado medio de adecuación del Tribunal Constitucional en el ejercicio del control concentrado de constitucionalidad al ideal democrático deliberativo.

Indicador: Grado de adecuación (alto, medio, bajo).

Variable B: si bien es posible observar un “giro deliberativo” expresado en el favorecimiento de la intervención ciudadana y la interacción entre los órganos estatales, este se encuentra aún en proceso de desarrollo.

Indicador: Mecanismos de participación ciudadana deliberativa.

3. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN:

- A) Por la finalidad o propósito de la presente investigación, se trata de una investigación básica o pura, al presentar un carácter preponderantemente teórico, el mismo que permitirá el desarrollo y comprensión de la democracia deliberativa como ideal regulativo en el marco del neo-constitucionalismo.
- B) Por las fuentes de información se trata de una investigación documental o bibliográfica, puesto que la fuente principal de la que se partirá resulta del análisis y estudio documental, tanto doctrinal como jurisprudencial y normativo, en cuanto corresponda.

- C) Por el ámbito en el que se desarrolla se trata de una investigación dogmática, puesto que se pretende el desarrollo de interpretación y argumentación en relación a instituciones y categorías jurídicas a la luz de normas jurídicas y doctrina de la materia.

1.2. NIVEL DE INVESTIGACIÓN

El nivel de investigación es descriptivo, con carácter exploratorio, puesto que se pretende evidenciar las características que configuran el modelo del control concentrado de constitucionalidad en el Perú, así como de la democracia deliberativa en tanto propuesta teórica con el fin de determinar las condiciones que propone la democracia deliberativa para dotar de legitimidad democrática las prácticas jurídico-políticas, como es el control concentrado de constitucionalidad.

1.3. DETERMINACIÓN METODOLÓGICA

Conforme al ámbito en el que se desarrolla la presente, el Método de Investigación idóneo, conforme al origen de los datos, será Documental, imperando una indagación a través del examen, análisis y estudio de fuentes documentales, tales como dispositivos legales, normas jurídicas, de orden supranacional y nacional, jurisprudencia internacional, así como doctrina jurídica de la materia, contenida en diversos tipos de documentos.

1.4. POBLACIÓN Y MUESTRA DE ESTUDIO:

1.4.1. POBLACIÓN

Tal como se refirió con anterioridad, la fuente primordial de información para la presente investigación es de índole documental, en tal sentido, se pretende analizar dispositivos legales y normas jurídicas nacionales como extranjeras, así como doctrina relevante, en tal sentido podemos citar la Constitución Política del Perú, el Código Procesal Constitucional, el Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, Sentencias relevantes del Tribunal Constitucional, libros, revistas y artículos jurídicos, en soporte tanto físico como electrónico.

1.4.2. MUESTRA

Considerándose que la población resulta extensa en cuanto implica Legislación, Jurisprudencia así como Doctrina en la materia, el tamaño de la muestra será determinada en función al universo de los elementos existentes, y en tal sentido, se tomará conforme el criterio del investigador.

1.4.3. SELECCIÓN DE LA MUESTRA

A efectos de seleccionar la muestra, teniendo presente lo expresado con anterioridad, se va a delimitar deliberadamente el número de elementos contenidos en la población descrita, empleando un Método de Muestreo No Aleatorio o No Probabilístico, en la modalidad de Casos Típicos, incidiendo en los casos en los que los jueces del Tribunal Constitucional hayan aplicado el control concentrado de constitucionalidad, es decir, procesos de inconstitucionalidad.

1.4.4. CRITERIOS DE INCLUSIÓN Y EXCLUSIÓN DE SELECCIÓN DE LA MUESTRA

a) CRITERIOS DE INCLUSIÓN

Los criterios de inclusión para la selección de las muestras de las poblaciones en abstracto mencionadas pueden ser referidos de manera siguiente:

- Sentencias derivadas procesos de inconstitucionalidad, por tribunales o cortes nacionales y extranjeras.
- Legislación nacional y extranjera que regule el ejercicio del control concentrado de constitucionalidad.
- Doctrina de la materia en general.

b) CRITERIOS DE EXCLUSIÓN

Básicamente se tomará en consideración un criterio de exclusión para la selección de las muestras, siendo el siguiente:

- Sentencias derivadas de procesos de acción popular donde se aplique el control concentrado.

1.5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN, PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

1.5.1. TÉCNICAS

Teniendo a consideración y en vista los elementos que conforman la población, los mismos que implican fuente de la presente investigación jurídica, se utilizará la Técnica de Revisión Documental, mediante el análisis teórico de los datos que se obtengan, para así extraer, condensar, sistematizar e interpretar las características de los mismos.

1.5.2. INSTRUMENTOS

El instrumento a emplearse en la presente investigación, con un carácter cualitativo, y conforme a la técnica elegida, será la Guía de Revisión Documental, en tal sentido, esta Guía va a consistir en un esquema organizado donde se sistematizarán los datos y el Fichado de las fuentes documentales a utilizarse en el desarrollo de la investigación.

1.5.3. PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

En la presente investigación se recurrirá a distintos métodos de investigación jurídica, tales como:

- A) Método Exegético: Para la crítica a los dispositivos jurídicos referidos al control concentrado de constitucionalidad.
- B) Método Sistemático: Para una interpretación más amplia y armónica de la Doctrina y el Sistema Jurídico Nacional, conforme a los objetivos en la presente investigación.
- C) Método Dogmático: Recurriendo a la doctrina, a la jurisprudencia y al Derecho comparado, en referencia a los objetivos planteados para el desarrollo de la investigación.

CAPÍTULO IV:
PRESENTACIÓN, INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN
JURÍDICA DE LOS RESULTADOS

I. DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO

FASES DEL PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

La información fue obtenida de diversas fuentes de tipo: fuentes de carácter doctrinal, jurisprudencial y normativa. En el caso específico de la Jurisprudencia, fue utilizada aquella emitida por el Tribunal Constitucional Peruano referida a alguna de las variables de nuestra investigación: control de constitucionalidad, legitimidad democrática y democracia deliberativa.

En el caso de las fuentes normativas, fueron utilizadas preponderantemente aquellas normas contenidas en la Constitución, el Código Procesal Constitucional y normas conexas que regulan el proceso de control de constitucionalidad en nuestro país.

Este conjunto de fuentes documentales ha sido tomada durante la formación universitaria llevada por el titulado.

PROCESAMIENTO DE LOS DATOS

El análisis de las fuentes documentales mencionadas se ha realizado en forma sintética en la presente investigación, expresado en el cuerpo del texto así como en notas al pie cuando corresponda.

Así, en un sentido interno, el análisis ha sido netamente de carácter cualitativo, habiendo realizado interpretación en cada fuente documental, aunque tratando de guardar las posturas expuestas en cada una de las mismas, buscando la interpretación filosófica para determinar los fundamentos de la legitimidad democrática del control de constitucionalidad utilizando las herramientas conceptuales de la democracia deliberativa, así como –en un segundo nivel- se han explorado diseños institucionales de control de constitucionalidad inspirados en los ideales de la democracia deliberativa, con lo que resulta posible analizar si es posible

interpretar el diseño institucional del control concentrado de constitucionalidad en el Perú como expresión de un constitucionalismo de corte dialógico.

II. SUSTENTACIÓN DE LAS HIPÓTESIS

2.1. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

HIPÓTESIS 01:

“Son idóneos los mecanismos que propone la democracia deliberativa para aumentar el grado de legitimidad democrática del control concentrado de constitucionalidad, en tanto convierte al juez constitucional en garante de la participación discursiva de los potencialmente afectados y en promotor del diálogo interinstitucional”.

La democracia deliberativa en tanto ideal regulativo propone que la legitimidad de las decisiones públicas recae en un procedimiento amplio de diálogo entre los potencialmente afectados por una medida en condiciones de igualdad y libertad. Bajo dicha premisa, este ideal regulativo plantea la posibilidad de superar la tensión soberanía popular-derechos humanos, al presentar un modelo mixto de legitimidad. Este modelo plantea que se deben garantizar las libertades fundamentales, la igualdad de oportunidades o la necesidades básicas e igualdad de oportunidades (criterios sustantivos) para posibilitar el procedimiento deliberativo democrático (la participación de los posibles afectados en condiciones de igualdad y libertad para obtener resultados racionales e imparciales).

En primer lugar, la exigencia de participación de los presuntamente afectados, implica que además de existir mecanismos participativos (como las audiencias públicas, *amicus curiae*, etc) deben corregirse las situaciones de exclusión, que van más allá de la participación en el proceso, es decir, la exclusión social. Esto resulta especialmente importante para permitir la participación de grupos que se encuentren por algún motivo en situación de vulnerabilidad. En segundo lugar, asegurar las condiciones de igualdad, implica que,

una vez que se ha asegurado las condiciones ideales para la participación, en su condición de ciudadanos, deben ser considerados como agentes morales capaces de esbozar buenas razones para sustentar sus posiciones argumentativamente, debiendo eliminarse cualquier situación de discriminación por cuestiones de origen racial, de género, de religión, etc., así como la exigencia de mecanismos que garanticen la imparcialidad de los juzgadores. Por último, la libertad implica la garantía de una esfera de autonomía de los ciudadanos materializada no solo en la posibilidad de intervenir discursivamente en los asuntos públicos, sino que de la posibilidad de desarrollarse como ser humano y llevar a cabo su proyecto de vida individual y colectiva acorde con su concepción de “vida buena”.

Es así que, la existencia de un procedimiento acorde a la democracia deliberativa, presupone la vigencia y garantía de determinados derechos ligados a la participación (derechos civiles y políticos) e incluso de asegurar ciertas condiciones sociales básicas que permitan evitar las distorsiones en la participación (derechos económicos, sociales y culturales). Es por ello, que autores como Habermas, a diferencia de aquellos que sostienen que la única posibilidad de superar la objeción democrática al control de constitucional es el “*self restraint*”, no excluyen la posibilidad de que se pueda implementar una política deliberativa en condiciones que pueden ser percibidas como de “supremacía judicial”, toda vez que, será la posición protagónica del juez la que permitirá asegurar las condiciones para la deliberación pública y corregir las deficiencias institucionales (e incluso materiales) que imposibilitan el goce efectivo de los derechos que posibilitan la deliberación democrática en condiciones de igualdad y libertad .

Esto se ha podido demostrar, por ejemplo, en el origen de la corriente denominada “constitucionalismo dialógico” en América

Latina. Esta corriente ha surgido de la propia práctica de las cortes constitucionales, las cuales haciendo uso de sus competencias, han ido construyendo soluciones dialógicas a través de la jurisprudencia con el fin de superar la ausencia de estructuras institucionales que favorezcan el diálogo y la deliberación democrática como método ideal de resolución de conflictos relativos a la interpretación constitucional, tanto durante el proceso como en la etapa de implementación de las sentencias.

El constitucionalismo dialógico, al asumir como criterio de legitimidad del control de constitucionalidad el cumplimiento de un procedimiento dialógico inclusivo en condiciones de igualdad y libertad de los afectados por la decisión, reconoce la necesaria conexión entre garantizar el goce efectivo de los derechos y la participación discursiva de los ciudadanos en los procesos de toma de decisiones sobre lo público.

Así, queda **SUSTENTADO** por nuestras fuentes doctrinarias que los mecanismos que propone democracia deliberativa tienen el potencial de resolver las objeciones “democráticas” formuladas a la legitimidad del control concentrado de constitucionalidad, sin dejar de lado el compromiso con la protección de los derechos humanos, **CONFIRMANDO** la hipótesis ya planteada: esto es, que resultan idóneos para aumentar el grado de legitimidad democrática del control concentrado de constitucionalidad.

HIPÓTESIS 02

“El Tribunal Constitucional en el ejercicio del control concentrado de constitucionalidad, se encuentra en un grado medio de adecuación al ideal democrático deliberativo, en tanto, si bien es posible observar un “giro deliberativo” expresado en el favorecimiento de la intervención ciudadana y la interacción entre los órganos estatales, este se encuentra aún en proceso de desarrollo”.

El proceso de inconstitucionalidad en el Perú, está configurado de tal manera, que permite la participación de diversos sujetos legitimados y no legitimados, a través de mecanismos como los litisconsortes, partícipes, terceros propiamente dichos y *amicus curiae*. Que promueven que los ciudadanos que se consideren afectados puedan recurrir al proceso y participar argumentativamente. Sin embargo, existen ciertos mecanismos que pueden dificultar la participación de algunos grupos por su condición de vulnerabilidad.

Asimismo, el desarrollo de las denominadas “competencias atípicas” en casos como el de las sentencias exhortativas, o en la declaración de estado de cosas inconstitucional, el Tribunal Constitucional ha exhortado a las entidades públicas que tomen medidas respecto a la formulación de políticas públicas que permitan corregir una situación declarada como inconstitucional, creando un espacio de comunicación entre los órganos estatales y sociedad civil.

Respecto al grado de adecuación al ideal democrático deliberativo, la democracia deliberativa al ser un ideal regulativo –es decir, al que se debe tender en la medida de lo posible-, este se determinará según la cantidad de condiciones que propone este modelo de democracia pueda satisfacer. Para determinar ello autores como

Greppi, han elaborado una serie de criterios evaluativos. Por lo que utilizando los criterios evaluativos específicos propuestos por dicho autor tenemos lo siguiente:

El primer criterio, es la concepción participativa de los sujetos deliberantes. Al respecto, el proceso de inconstitucionalidad en el Perú prevé mecanismos de participación que posibilitan la intervención discursiva de aquellos que encontrándose fuera de la categoría de legitimados, consideran necesaria su intervención en tanto se identifican a sí mismos como afectados. Para ello se prevé la participación de los ciudadanos a través de representantes, si bien se muestra como preferible la participación directa, la participación a través de representantes no resulta incompatible con la democracia deliberativa. Sin embargo, se prevé ciertos requisitos, por ejemplo, en el caso de los terceros propiamente, la exigencia de participar a través de una organización que cuente con un “alto grado de representatividad”, si bien el Tribunal Constitucional no ha establecido criterios claros y precisos para identificar cuando estamos frente a una organización de ese tipo, este requisito puede convertirse en una barrera para la participación de grupos minoritarios que se encuentren en una situación crítica de vulnerabilidad social y que por criterios puramente cuantitativos (número de miembros del grupo) puedan rechazarse su intervención.

Respecto al segundo criterio, la concepción contextualista de los diseños institucionales, el Tribunal Constitucional ha desarrollado una línea jurisprudencial de la democracia deliberativa, desarrollando sus principales conceptos a través de su jurisprudencia, incorporando sus categorías y herramientas de análisis desarrollando figuras como la inconstitucionalidad del proceso legislativo por vicios deliberativos, y a través de sus competencias atípicas incorporar alternativas dialógicas como las

exhortaciones al legislador y a los entes públicos encargados de implementar medidas orientadas a corregir una situación declarada como inconstitucional. De esta manera, dada su posición como “supremo intérprete de la Constitución”, el Tribunal Constitucional ha desarrollado fórmulas inspiradas como en la democracia deliberativa, pero en sentido fuerte (siendo modelos más débiles como el caso del modelo canadiense los reconocidos muchas veces como arquetípicos de constitucionalismo dialógico).

Sobre el tercer criterio, la concepción deliberativa epistémica de la interacción entre poderes constituidos y poderes constituyentes, el proceso de inconstitucionalidad en el Perú prevé la participación de los ciudadanos a través de las organizaciones que componen la sociedad civil, así como la participación de otros entes públicos. Sin embargo, ha sido en el momento de implementación y ejecución de sentencia que contienen exhortaciones, en las que el Tribunal Constitucional ha participado en algunas ocasiones como articulador del diálogo, asegurando que se generen espacios donde se produzca de manera efectiva la discusión pública con la finalidad de validar intersubjetivamente las conclusiones y los resultados alcanzados. Asimismo, el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia ha reconocido que el principio de separación de poderes, no debe basarse exclusivamente en el modelo de *checks and balances*, sino debe guiarse por el principio de cooperación y coordinación de poderes.

Respecto al último criterio, adopción de una concepción sistémica de la democracia deliberativa, a través de las sentencias derivadas de proceso de inconstitucionalidad que contienen fórmulas dialógicas para su implementación (o que han sido resultado de su aplicación), han contribuido a incrementar la calidad y la legitimidad de los otros poderes estatales. De esta manera, por ejemplo, a través de la declaración de inconstitucionalidad por

vicios deliberativos de las leyes, se mejora la calidad del proceso de producción legislativa. Asimismo, a partir de las exhortaciones contenidas en sus sentencias, que en algunos casos contienen a su vez una declaración de estado de cosas inconstitucional impulsando la corrección de situaciones materiales de desigualdad y exclusión que –como hemos señalado anteriormente- no permiten satisfacer las condiciones de una participación inclusiva, igualitaria y en libertad, el tribunal constitucional ha promovido la cultura del diálogo en la implementación de políticas públicas a través de las entidades estatales de carácter nacional y subnacional.

Sin embargo, es necesario anotar que si bien el diseño institucional del control concentrado de constitucionalidad en el Perú supera el test realizado con los criterios evaluativos propuestos, consideramos que este cumplimiento no es total. Si bien es posible identificar mecanismos y prácticas que favorecen la deliberación democrática y la colocan en el centro de las cuestiones relativas a la legitimidad de las decisiones político-jurídicas, esta no ha sido una práctica uniforme y en muchos casos se ha dado en condiciones de precariedad al no existir una estructura normativa adecuada que soporte dichas prácticas. Por lo que pese a existir ciertas condiciones institucionales, depende mucho de la voluntad política de los magistrados de comprometerse con los fines que propone la democracia deliberativa. En este sentido, consideramos que el grado de adecuación del diseño institucional de control concentrado de constitucionalidad en el Perú corresponde a un grado medio.

Así, queda **SUSTENTADO** que el Tribunal Constitucional en el ejercicio del control concentrado de constitucionalidad, se encuentra en un grado medio de adecuación al ideal democrático deliberativo, y por tanto **CONFIRMANDO** la hipótesis expresada, en tanto si bien es posible observar un “giro deliberativo” expresado en el favorecimiento de la intervención ciudadana y la

interacción entre los órganos estatales, este se encuentra aún en proceso de desarrollo.

2.2. HIPÓTESIS GENERAL

“La legitimidad democrática del control concentrado de constitucionalidad ejercido por los jueces constitucionales, debe ser resultado de una etapa necesaria de deliberación inclusiva entre todos los potencialmente afectados por la decisión resultante del ejercicio de dicho poder en condiciones de igualdad y libertad”.

Como hemos podido advertir a través del análisis de las fuentes doctrinarias, la democracia deliberativa surge como un modelo normativo de democracia, que –como plantea Habermas- pretende superar de la dicotomía liberalismo-republicanismo o en términos de Isaiah Berlín, el problema de la irreconciliabilidad entre la “libertad de los antiguos” y la “libertad de los modernos”.

Ambos modelos de democracia, tienen su correlato en el constitucionalismo contemporáneo. Por un lado, aquel constitucionalismo que coloca en el centro de la legitimidad a los derechos humanos y el otro que coloca la soberanía popular. En el primero se propone un modelo ideal de control de constitucionalidad en sentido fuerte, cuya legitimidad se determinará en base a criterios sustantivos y el segundo un modelo débil, cuya legitimidad se analizará fundamentalmente en términos procedimentales. El alto grado de abstracción, generalidad e indeterminación de los preceptos constitucionales y el carácter plural de las sociedades contemporáneas han sido las razones primordiales de las críticas que se dirigen a ambos modelos. Por un lado, critica los déficits democráticos que puede suponer que un grupo de personas (los jueces constitucionales) puedan determinar el significado último de la Constitución a través de procedimientos de tipo monológico; y por el otro, que el énfasis excesivo en la dimensión política no permite garantizar una cultura basada en el respeto a los derechos humanos.

De esta manera, la democracia deliberativa ha sido definida como un ideal regulativo que propone que la legitimidad de las decisiones político-jurídicas reside en que estas sean resultado de un procedimiento previo de deliberación pública. Sin embargo, esta deliberación pública debe satisfacer las condiciones de inclusión, igualdad y libertad de los presuntamente afectados por la medida a adoptar. Así, las exigencias de la democracia deliberativa hacia el procedimiento de deliberación pública implican que se excluyan prácticas de deliberación aparentes, no debiendo confundirse el conteo de votos como método para la toma de decisiones con un procedimiento deliberativo, real y efectivo. Al mismo tiempo, la democracia deliberativa realiza ciertas exigencias respecto a los sujetos que intervienen en el procedimiento deliberativo. Las precondiciones de inclusión, igualdad y libertad implican que se debe asegurar el goce efectivo de los derechos que se encuentran conectados con dichos principios y que posibilitan la participación discursiva de los ciudadanos en los procesos de toma de decisiones.

Es así que el correlato del constitucionalismo de la democracia deliberativa, sería el denominado constitucionalismo dialógico. Este modelo de constitucionalismo, no asume *a priori* algún modelo fuerte o débil de control de constitucionalidad como modelo ideal. De esta manera, es posible identificar prácticas dialógicas que permiten satisfacer las condiciones de la democracia deliberativa en países donde se presentan controles débiles y fuertes. Por ejemplo, en el caso de los modelos débiles, los encontramos en Canadá o en los países del “New Commonwealth”, en tanto poseen una cultura política afianzada en el respeto a los derechos fundamentales, que les permite prescindir de la supremacía judicial, enfocándose en el diálogo interinstitucional. En el caso de los modelos fuertes, el caso de las cortes latinoamericanas (como la colombiana o la peruana) resulta bastante particular, pues a pesar de, por un lado, no existir una estructura normativa que resulte favorable al diálogo y la

deliberación pública a través de mecanismos de participación ciudadana deliberativa, y por el otro, enfrentar situaciones de vulneraciones masivas de derechos. Es así que las cortes han desarrollado fórmulas innovadoras para corregir tales situaciones, a través de la articulación de espacios de diálogo amplio entre la sociedad civil, las cortes y los órganos estatales, lo que ante la inercia de la administración pública y su persistencia ante una situación de inconstitucionalidad por acción u omisión, pueda hacer uso de los mecanismos con los que cuenta para ejecutar sus sentencias. Esto último resulta justificado en tanto se encuentra orientado en un cambio en la cultura política de las instituciones y el sistema en general en el que los ciudadanos estén motivados para participar en las cuestiones públicas por considerar que su opinión será tomada en cuenta y que sus derechos fundamentales serán respetados, lo que resulta compatible con la idea de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Por lo tanto, procedemos a CONFIRMAR nuestra hipótesis principal ya citada.

**CAPÍTULO V:
CONCLUSIONES**

PRIMERA:

La facultad de los jueces constitucionales para ejercer el control de constitucionalidad, estuvo sujeta a críticas desde su origen al considerarse una práctica que resulta difícilmente compatible con la forma democrática de gobierno y el lugar que el parlamento ocupa como órgano representativo de primer orden. Ello generó que sus defensores elaboren una serie de estrategias de legitimación a lo largo de su historia, lo que ha generado un debate que se mantiene hasta la actualidad.

SEGUNDA:

Una de las estrategias más recientes, ha sido la propuesta de superación de la tensión constitucionalismo-democracia a través de mecanismos que permitan promover la participación discursiva en los términos más amplios posibles de los ciudadanos que puedan verse afectados por el resultado del ejercicio de control de constitucionalidad y a la vez se garanticen los derechos que posibiliten una intervención en términos de inclusión, libertad e igualdad de los participantes (interviniendo para corregir las situaciones derivadas de la vulneración de las libertades civiles y políticas, e incluso en la medida de lo posible, las situaciones de exclusión y desigualdad propiciadas por la vulneración de derechos económicos, sociales y culturales).

TERCERA:

El Tribunal Constitucional Peruano ha ido desarrollando una línea jurisprudencial de la democracia deliberativa, incorporando sus categorías y elaborando mecanismos que promuevan la deliberación pública tanto durante el proceso como en el momento de implementación de las medidas. Sin embargo, esta no es aún una práctica uniforme y la carencia de un compromiso real de los otros poderes con esta propuesta de legitimación y lo valioso que puede

resultar para resolver conflictos en sociedad radicalmente heterogéneas como la nuestra, dificulta el tránsito hacia un modelo dialógico de constitucionalismo.

CUARTA:

Es así que consideramos solo puede hablarse de expresiones de un constitucionalismo dialógico en el Perú, en tanto en ocasiones las prácticas del Tribunal Constitucional han superado las exigencias de la democracia deliberativa, pero al no ser una práctica generalizada o que en el mejor de los casos se encuentra en proceso de afianzamiento y consolidación institucional, resultaría impreciso calificar al modelo de control concentrado de constitucionalidad en el Perú como un modelo correspondiente al constitucionalismo dialógico.

BIBLIOGRAFÍA

- ALLES, Nicolás, “El problema de la legitimidad en la democracia deliberativa”, VII Jornadas de Jóvenes Investigadores. Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 2013, Buenos Aires.
- ALLES, Nicolás, Legitimidad deliberativa. Sobre las relaciones entre democracia, deliberación y conocimiento, Tesis para optar por el grado de Doctor en Filosofía, Universidad Nacional de la Plata, 2017, La Plata
- ALTERIO, Ana Micaela, “Constitucionalismo popular”, Revista Eunomia N°. 10, abril – septiembre 2016, pp. 158-165.
- ALTERIO, Ana Micaela. Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate. Problema: Anuario de Filosofía del Derecho [online]. 2014, n.8 [citado 2019-06-27], pp.227-306. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-43872014000100008&lng=es&nrm=iso>. ISSN 2007-4387.
- ALTERIO, Ana Micaela, “SEBASTIÁN LINARES: La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes”. En: Anuario iberoamericano de justicia constitucional, ISSN 1138-4824, N°. 15, 2011, págs. 726-731.
- ÁLVAREZ, Ramiro, “El Constitucionalismo Popular y los problemas de la ‘última palabra’: apuntes para un Contexto Latinoamericano”. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo Año 13, N°1, 2012, pp. 75-125.
- BARBERIS, Mauro. “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”. Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana n° 31, 2001, pp.325-340.
- BAZÁN, Víctor, “*Amicus Curiae* (Amigo del Tribunal o de la Corte)”. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; Fabiola MARTINEZ

y Giovanni A. FIGUEROA (Coord.), Diccionario de Derecho Constitucional y Convencional, Poder Judicial de la Federación – Consejo de la Judicatura Federal, Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, México, pp. 54-56.

- BELLO, Donald Emerson, “Revisión judicial y democracia deliberativa en términos de teoría departamental y constitucionalismo popular”, Bajo Palabra – Revista de Filosofía, n° 17, 2017, pp. 191-212.

- BELLOSO, Nuria, “Algunos dilemas sobre la jurisdicción constitucional”, Revista do Direito UNISC N° 34, 2010, pp. 134-154.

- CAMPOS BERNAL, Heber, “El activismo judicial y el constitucionalismo del futuro”. En: Control de constitucionalidad y activismo judicial, ARA Editores, Lima, 2012, pp. 307-317.

- CARBONELL, Miguel. “Marbury versus Madison: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad”. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional N° 05, 2006. pp. 289-300.

- CARNOTA, Walter, “La diferenciación entre Control de Constitucionalidad, Control de Convencionalidad y Control de Compatibilidad”, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, núm. 15, Madrid (2011), págs. 51-66.

- CARPIZO, Jorge, El Tribunal Constitucional y sus Límites, Editorial Grijley, 2009, Lima.

- CHANAMÉ ORBE, Raúl. Diccionario de Derecho Constitucional. ARA. Lima, 5ta edición, 2007.

- CÓRDOVA, Paul, “Constitucionalismo dialógico y última palabra. Una agenda de políticas deliberativas para las cortes constitucionales”, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año XXII, Bogotá, 2016, pp. 253-270.

- CORTINA, Adela, “Democracia deliberativa”, en: RUBIO C. José; Ana M. SALMERÓN y Manuel TOSCANO M. (eds.), *Ética, ciudadanía y democracia, Contrastes: Colección Monográfica N° 12*, Málaga, 2007, pp. 143-161.
- CUCHUMBE, Nelson y Jhon GIRALDO, “Aproximación a la democracia deliberativa de Habermas”, *Discusiones Filosóficas. Año 14 N° 22*, enero – junio, 2013. pp. 141 – 159.
- DÁVILA-SEMINARIO, Carmen, “Legitimidad del Tribunal Constitucional para declarar un estado de cosas inconstitucional: alcance y límites de dicha atribución”, Tesis para optar el título de Abogado, Universidad de Piura, 2018, Piura.
- DÁZ DEL CASTILLO, “Andrés, Control judicial, reforma constitucional y diálogo institucional. Apuntes críticos al modelo colombiano desde una perspectiva deliberativa”, *Revista Ratio Juris Vol. 10 N.º 20* (enero-junio 2015) pp. 213-238
- Diario El Peruano, “Adoptan política de atención educativa en el ámbito rural”. 17/12/2018. Disponible en: <https://elperuano.pe/noticia-adoptan-politica-atencion-educativa-el-ambito-rural-73875.aspx>
- DOMÍNGUEZ, Héctor, “Democracia Deliberativa en Jürgen Habermas”, *Analecta política*, Vol. 4, No. 5, 2013. pp. 301-323.
- ECHEVERRÍA, Hugo, “El Amicus Curiae: perspectivas para su uso desde el derecho ambiental”, *Temas de análisis N° 31*, 2013, Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental, Quito.
- EGUIGUREN PRAELI, Francisco. “La jurisdicción constitucional en el Perú: características, problemas y propuestas para su reforma.” En: *La Constitución y su defensa: algunos problemas contemporáneos*. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional,

Lima: 2003, pp. 131- 149. Disponible en:
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2225/7.pdf>

- ELSTER, Jon, “Introduction”, en Jon Elster (comp.), *Deliberative Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998, pp. 1-18.

- ELY, John H., *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*. Siglo del Hombre, 1997, Bogotá.

- ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy, “El TC pretende asegurar que sus sentencias se entiendan y cumplan”, *Diario El Peruano*, 21/6/2018. Entrevistado por: Paul HERRERA. Disponible en:
<https://elperuano.pe/noticia-el-tc-pretende-asegurar-sus-sentencias-se-entiendan-y-cumplan-67480.aspx>

- FISHKIN, James, *When the People Speak: Deliberative Democracy & Public Consultation*, Oxford University Press, 2009, New York.

- FLORES MUÑOZ, Daniel, “La acción pública de inconstitucionalidad como garantía del Estado constitucional en Colombia”, *Opinión Jurídica*, Vol. 9, No. 18, pp. 89-106.

- FLORES, Daniel. “Aproximación al Constitucionalismo Popular”, *Cognitio Iuris*, año II, n° 4, 2012, pp. 32-38.

- FLORIDIA, Antonio, “*The origins of the deliberative turn*”, Andre Bächtiger, John S. Dryzek, Jane Mansbridge & Mark Warren (eds.), *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy*, Oxford University Press, New York, pp. 1-21.

- GACETA CONSTITUCIONAL, “Se cumple sentencia sobre lenguas originarias en el Perú”. *Gaceta Constitucional*, 31/08/2018. Disponible en:

<http://www.gacetaconstitucional.com.pe/index.php/2018/08/31/se-cumple-sentencia-sobre-leguas-originarias-en-el-peru/>

- GACETA JURÍDICA, Guía Práctica sobre Proceso de Inconstitucionalidad, 1º edición, Editorial Gaceta Jurídica S.A., 2008, Lima.

- GARCÍA ALONSO, Roberto. Representación política y democracia deliberativa. ¿Qué puede significar hoy la participación política? Estudios Políticos, n° 47, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, pp. 47–66. 2015. Pág. 51.

- GARCIA, José Francisco. “Tres aportes fundamentales de El Federalista a la Teoría Constitucional Moderna”. Revista de Derecho, Vol. XX – N°1, 2007. pp. 39-59. Pág. 45.

- GARCIA, Leonardo. “¿Cómo pensar hoy la tensión entre constitucionalismo y democracia? Una perspectiva desde el constitucionalismo democrático”. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, Vol. 60, N° 2, 2015, pp. 67-95..

- GARGARELLA, Roberto & Paola BERGALLO, “Presentación”, en: Gargarella, Roberto (comp.), Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática, Siglo Veintiuno Editores, 2014, Buenos Aires, pp. 9-13.

- GARGARELLA, Roberto, “El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y Contrapesos”, GARGARELLA, Roberto (Compilador), Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014, pp. 119-158.

- GARGARELLA, Roberto, La justicia frente al gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial, Corte Constitucional para el Periodo de Transición, 2012, Quito.

- GARGARELLA, Roberto, *The Scepter of Reason: Public Discussion and Political Radicalism in the Origins of Constitutionalism*, Springer Science+Business Media, 2000, Dordrecht.

- GARGARELLA, Roberto, Theories of Democracy, the Judiciary and Social Rights. En: GARGARELLA, Roberto; Pilar DOMINGO y Theunis ROUX, *Courts and Social Transformation in New Democracies: An institutional voice of the poor?*, Ashgate Publishing Limited, 2006, Hampshire, pp.13-34.

- GARGARELLA, Roberto. “Alexy y la Representación Argumentativa de los Tribunales”, 2017. Obtenido de Constitucionalista: Doctrina, Jurisprudencia y Legislación: <http://www.constitucionalista.net/alex-y-la-representacion-argumentativa-de-los-tribunales/>

- GARGARELLA, Roberto. “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”. *Isonomía : Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 6, 1997, pp. 55-70.

- GARRIDO-VERGARA, Luis; Luz Marina VALDERRAMA, y Javier Ríos PEÑAFIEL. "Democracia deliberativa, instituciones y participación ciudadana en América Latina". *Política*, vol. 54, no. 2, 2016, pp. 255-275. Editorial Universidad de Chile.

- GIUFFRÉ, Carlos Ignacio, “Democracia deliberativa y surgimiento del constitucionalismo dialógico”, *Revista Ética & Discurso*, 3 (1), 2018, pp. 35-60

- GIUFFRÉ, Carlos Ignacio & SCIVOLETTO, Gonzalo, “Diálogo y activismo judicial. Una mirada crítica de la imparcialidad a partir de El Federalista”, *Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas*, Vol. 20, 2018, pp. 1-19.

- GIUFFRÉ, Carlos Ignacio, “Democracia deliberativa: institucionalización de instrumentos jurídico-dialógicos”, *Sistema*

Argentino de Información Judicial, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 14 de abril de 2016. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/>

- GRANDEZ, Pedro, Tribunal Constitucional y Argumentación Jurídica, Editorial Palestra, 2010, Lima.

- GUASTINI, Ricardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en CARBONELL, Miguel, Estudios de Teoría Constitucional, Editorial Fontamara, 2001, México.

- GUERRA, Maria José, Habermas: La apuesta por la democracia, Batiscafo S.L., 2015,

- HABERMAS, Jürgen, “Tres modelos de democracia: sobre el concepto de una política deliberativa”, Conferencia pronunciada en el Departament de Filosofia de la Universitat de València, 16 de octubre de 1991. Traducción de Manuel Giménez Redondo. Disponible en: <http://www.alcoberro.info/V1/habermas7.pdf>

- HABERMAS, Jürgen, Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en término de la teoría del discurso, Editorial Trotta, 2005, Madrid.

- HABERMAS, Jürgen & John RAWLS, El debate sobre el liberalismo político, Paidós, 1998, Barcelona.

- HARO REYES, Dante, " Los sistemas de control de la constitucionalidad. Comentarios de la actualidad mexicana", Revista Jurídica Jaliscience N° 53, 2015, pp. 43-70.

- HERRERA, Carlos Miguel. “La Polémica Schmitt-Kelsen sobre el Guardián de la Constitución”. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) N° 86, 1994, pp.195-227.

- HIGHTON, Elena, "Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad", en La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América

Latina?». Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac- Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (eds.), México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2010. Pp. 107-173.

- HOGG P. y BUSHELL, A. “El diálogo de la Carta entre los tribunals y las legislaturas. En R. Gargarella (Comp.) Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática, Buenos Aires: Siglo XXI, 2014.

- LANDA, Cesar, “Autonomía Procesal del Tribunal Constitucional: La experiencia del Perú”, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año XV, 2009, pp. 277-310.

- LETELIER WARTENBERG, Raúl. La Justicia Constitucional en el pensamiento de Jürgen Habermas. Estudios constitucionales [online]. 2011, vol.9, n.2 [citado 2018-04-03], pp.377-394. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000200009&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-5200.

- LINARES, Sebastián, “El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas”, Revista Mexicana de Sociología vol. 70, núm. 3, 2008, pp. 487-539.

- LINARES, Sebastián, “Sobre el ejercicio democrático del control judicial de las leyes”, ISONOMÍA No. 28, 2008, pp. 149-184. Págs. 164-166.

- LOFFLER, Ernesto, “John Marshall ¿Padre del control de constitucionalidad? Acerca de algunos precedentes que habrían inspirado su decisión en el caso ‘William Marbury versus James Madison’, Revista Digital del Poder Judicial de Tierra del Fuego, 2014.

- LÓPEZ HIDALGO, Pablo. “Legitimidad democrática e interpretación de la Constitución: proyección a la tarea interpretativa de la

Corte Constitucional del Ecuador”, Tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, 2017, Quito.

- LUIS WERLE, Denilson y Rúrion SOARES MELO, Democracia Deliberativa, Editora Singular – Esfera Pública, 2007, Sao Paulo..

- MALPARTIDA, Victor, Cosa Juzgada constitucional vs. Cosa Juzgada Judicial. Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho con mención en Política Jurisdiccional, PUCP, Lima, 2012.

- MARSHALL, Pablo, “Elecciones representativas y legitimidad democrática: una mirada desde las concepciones normativas de la democracia”, Revista de Derecho, Vol. XXX, N° 2, 2017, pp. 275-299

- MARTÍ, José Luis, La República Deliberativa, Madrid, Marcial Pons, 2006.

- MARTÍ, Joel, Jordi PASCUAL y Oscar REBOLLO, Participación y desarrollo urbano en medio comunitario: experiencias y reflexiones, IEPALA Editores, Madrid, 2005.

- MELERO DE LA TORRE, Mariano, “La interpretación constructiva en el constitucionalismo commonwealth: ¿activismo o vandalismo judicial?”, Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad N° 5, septiembre 2013 - febrero 2014, pp. 27-49, ISSN 2253-6655.

- MENDES, Conrado H., “Una división de poderes deliberativos entre el diálogo y la última palabra”. En: Gargarella, Roberto (ed.) Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática, Siglo XXI Editores Argentina, 2014, pp. 159-185.

- MONTOYA CHÁVEZ, Víctor, El Proceso de Inconstitucionalidad en la Jurisprudencia (1996-2014), Centro de Estudios Constitucionales-Tribunal Constitucional del Perú, Lima. 2014.
- NASH, Claudia y Constanza NÚÑEZ, “Sentencias estructurales, momento de evaluación”, Revista de Ciencias Sociales, Volúmen monográfico extraordinario, Universidad Valparaíso (Chile), 2015, pp. 267-293.
- NATERA, Antonio, “Nuevas estructuras y redes de gobernanza”, Revista Mexicana de Sociología vol.67 no.4, México, 2005, pp. 755-791.
- NIEMBRO, Roberto, La Justicia Constitucional de la Democracia Deliberativa, Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2017, Madrid.
- NIEMBRO, Roberto, “La justicia constitucional de la democracia deliberativa”. Tesis para optar el grado de Doctor. Departamento de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2017, Madrid.
- NIEMBRO, Roberto, “Las respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad como forma de diálogo constitucional”, Revista Española de Derecho Constitucional, N° 95, 2012, pp. 139-168.
- NIEMBRO, Roberto. “Una Mirada al Constitucionalismo Popular”. ISONOMÍA No. 38, 2013, pp. 191-224. Págs. 196-197.
- NINO, Carlos, “La Filosofía del Control Judicial de Constitucionalidad”, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, N° 4, 1989, pp. 79-88.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "Consideraciones sobre las sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos en América

del Sur". Ius et Praxis, vol. 10, no. 1, 2004, pp. 113-158. Editorial Universidad de Talca. Pág. 137. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19711004>

- NOGUEIRA, Humberto, "Tópicos sobre jurisdicción constitucional y tribunales constitucionales", Revista de Derecho, Vol. XIV, julio 2003, pp. 43-66.

- OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, "Tipología de nuestras sentencias constitucionales", Vniversitas, n° 108, diciembre, 2004, pp. 571-602, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/825/82510813.pdf>

- OLIVARES, Nicolás Emanuel, "Democracia deliberativa y control de constitucionalidad: En defensa de un diseño multisituado", Revista de Derecho (Barranquilla) N° 47, 2017, pp. 167-206.

- OLIVARES, Nicolás, "En defensa de un modelo dialógico deliberativo de control judicial de constitucionalidad"; Provincia de La Pampa. Poder Judicial; Cuadernos de Doctrina Judicial de la provincia de La Pampa; Vol. 3 n° 12, 2013, pp. 105-132.

- OLIVARES, Nicolás, "Democracia deliberativa y control de constitucionalidad: En defensa de un diseño multisituado", Revista de Derecho, Universidad del Norte, N° 47, pp. 167-206, 2017. Disponible en: <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/viewFile/8858/9762>

- ORTIZ, Sergio, "Deliberando sobre la democracia deliberativa. los dilemas de la deliberación pública", Acta republicana política y sociedad año 5, n° 5, 2006, pp. 53-64.

- ORUNESU, Claudina. "*Los límites de la objeción contramayoritaria al control judicial de constitucionalidad*". Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad N° 2, 2012, pp. 31-48. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2060/995>

- PARKINSON, John, *Deliberating in the Real World: Problems of Legitimacy in Deliberative Democracy*, Oxford University Press, 2006, New York.
- PARRA VERA, Oscar, “De la Constitución de 1917 al Activismo Dialógico: aportes latinoamericanos en materia de derechos sociales”, en Guerrero Galván, Luis René y Pelayo Moller, Carlos María (eds.), *100 años de la Constitución Mexicana: De las garantías individuales a los Derechos Humanos*, UNAM, México, pp. 161-191.
- PINEDA GARFIAS, Rodrigo. *La Democracia Deliberativa. Ius et Praxis* [online]. vol.8, n.2, 2002, Talca.
- POZZOLO, Susana, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *Revista Doxa* N° 21-II, 1998, pp. 339-353.
- PRIETO, Luis. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”. *Anuario de la Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Madrid* N° 05, 2001, pp. 201-228.
- PRONO, Santiago, *Los jueces ¿frente? A la Democracia - Habermas y la justificación del control judicial de constitucionalidad*”, *Argumentos – Revista de Filosofía*, Año 4º, N° 7, 2012, pp. 57-67..
- QUIROGA, Aníbal, “Control «Difuso» y control «Concentrado» en el Derecho Procesal Constitucional peruano”, *Revista Derecho PUCP*, N° 50, 1996., pp. 207-233.
- QUIROZ CASTRO, Cristian y Leandro PEÑA MERINO, “Control de Constitucionalidad”, *Revista Sur Academia*, N° 5, vol. 1, 2016, pp. 58-63.
- RAWLS, John, *Liberalismo político*, Crítica, 1966, Barcelona,

- RIVERA LEÓN, Mauro, “Jurisdicción constitucional: ecos del argumento contramayoritaria”, Revista Mexicana de Derecho Constitucional N° 22, 2010, pp. 223-260.

- RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar, “Activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales”, Revista Argentina de Teoría Jurídica, Vol. 14 N° 2, 2013, pp. 1-27. Disponible en: https://repositorio.utdt.edu/bitstream/handle/utdt/10619/RATJ_V14N2_RodriguezGaravito.pdf?sequence=1&isAllowed=y

- RODRIGUEZ MONDRAGÓN, Reyes, Democracia y desconfianza: una teoría del Control Judicial de John Hart Ely. . Disponible en: <http://portales.te.gob.mx/salas/sites/default/files/estante/12%20-%20Rese%C3%B1a%20-%20Democracia%20y%20desconfianza%20-%20RRM.pdf>

- ROJAS BERNAL, Jose Miguel, “Nuestro incipiente ‘activismo dialógico’: las sentencias estructurales del Tribunal Constitucional”. En: Igualdad, derechos sociales y control de políticas públicas en la jurisprudencia constitucional. Juan Manuel Sosa Sacio (Coordinador). Palestra, 2017, Lima.

- SAGÜES, Néstor. "Las sentencias constitucionales exhortativas". Estudios Constitucionales, vol. 4, no. 2, 2006, pp. 189-202. Editorial Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Disponible en: <http://www.redalyc.org/html/820/82040109/>

- SANIN, Ricardo, Teoría crítica constitucional: rescatando la democracia del liberalismo. Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011, Quito.

- SANTIAGO, Alfonso, “Neoconstitucionalismo”, Anales de la Academia de Ciencias Morales y Políticas – Instituto de Política Constitucional, 2008, pp. 3-26.

- SANTIAGO, Alfonso. “Sistema Jurídico, Teoría del Derecho y Rol de los Jueces: Las novedades del neoconstitucionalismo”, Revista Díkaion N° 22(17), 2008, pp. 131-155,
- SAR, Omar, “La participación de los ciudadanos en el proceso de inconstitucionalidad”, Gaceta Constitucional, Tomo 137, 2019, pp. 201-208.
- SCHMITT, Carl, Teoría de la Constitución. Alianza Editorial, 1996, Madrid.
- SOSA SACIO, Juan M. “Los derechos sociales, su exigibilidad y el activismo judicial dialógico como ideal a seguir”. En J. M. Sosa-Sacio (coord.), Igualdad, derechos sociales y control de políticas públicas en la jurisprudencia constitucional (pp.63-91). Lima, 2017, Palestra.
- SOSA SACIO, Juan Manuel, “Activismo judicial de los tribunales constitucionales y su posible legitimación a través de mecanismos vinculados a la democracia deliberativa”, Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, 2017. Disponible en: <https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2017/08/Juan-Manuel-Sosa-Sacio-Peru.pdf>
- SPECTOR, Horacio, “Un sistema democrático de control constitucional”, Revista Argentina de Teoría Jurídica, vol. 14, 2013. Disponible en: http://repositorio.utdt.edu/bitstream/handle/utdt/10620/RATJ_V14N2_Spector.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- TIMM HIDALGO, Ana, “Activismo judicial progresista, dos propuestas contemporáneas: El uso alternativo del Derecho y el Activismo Dialógico”, Tesina de Máster, Universidad Carlos III de Madrid – Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, 2011, Getafe. Disponible en: <https://e->

archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/18742/TFM_MEADH_Ana_Timm_2011.pdf

- VARGAS MURILLO, Alfonso, “Un acercamiento al problema de la legitimidad del control de judicial de constitucionalidad desde la teoría de la democracia deliberativa”, *Revista de Derecho Público*, año 27°, n° 53, 2018, pp. 105-120

- VELASCO CANO, Nicole & Jairo VLADIMIR LLANO, “Teoría del derecho, neoconstitucionalismo y modelo de Estado constitucional”, *Novum Ius*, Vol. 9 N. 2, 2015, pp. 49-73.

- VELASCO, Juan Carlos, “Los derechos humanos en la democracia deliberativa o la superable contradicción entre liberalismo y republicanism”, *Revista de Ciencias Sociales (Valparaíso, Chile)*, n° 52 (2007), págs. 479-512

- VERGARA, Jorge, “La concepción de la democracia deliberativa de Habermas”, *Quórum Académico*, Vol. 2, N° 2, julio-diciembre 2005, Pp. 72 – 88.

- VERLY, Hernán. “El Argumento Contramayoritario: Justificación del control judicial de constitucionalidad”. *Diario “El Derecho”* – Diario del 1/10/91. Disponible en: <http://www.alfarolaw.com/tapa/HV%20-%20Argumento%20Contramayoritario.pdf>

- ZURN, Christopher, *Deliberative Democracy and the institutions of judicial review*, Cambridge University Press, 2007, New York.

Resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional Peruano

- STC Exp. N° 001/003-2003-AI/TC
- STC Exp. N.° 022-2003-AI/TC

- STC. Exp. N.º 004-2004-CC/TC
- STC Exp. N.º 646-96-AA/TC
- STC Exp. N.º 5854-2005-PA/TC
- STC Exp. N.º 02689-2015-PA/TC
- STC Exp. N.º 01405-2010-PA/TC.
- STC Exp. N.º 0009-2008-PI/TC
- STC Exp. N.º 0002-2005-PI/TC
- STC Exp. N.º 0020-2005-PI/TC
- STC Exp. N.º 0021-2005-PI/TC
- STC Exp. N.º 00047-2004-AI/TC
- STC Exp. N.º 0007-2007-PI/TC
- STC Exp. N.º 0025-2005-PI/TC
- STC Exp. N.º 0016-2007-PI/TC
- STC Exp. N.º 04878-2008-PA/TC
- STC Exp. N.º 2945-2003-AA/TC
- STC Exp. N.º 2016-2004-AA/TC
- STC Exp. N.º 2579-2003 HD/TC
- STC Exp. N.º 3149-2004 AC/TC
- STC Exp. N.º 2002 – 2006 PC/TC
- STC Exp. N.º 03426-2008-PHC/TC
- STC Exp. N.º 00017-2008-PI/TC
- STC N.º 3426-2008-HC/TC

- STC Exp. N° 01722-2011-AA/TC
- STC. Exp. N° 01126-2012-AA/TC
- STC Exp. N° 02744-2015-AA
- STC Exp. N° 00853-2015-PA/TC
- STC. Exp. N° 04539-2012-AA/TC
- STC Exp. N° 00889-2017-AA/TC
- STC Exp. N° 00017-2008-PI/TC
- STC Exp. N° 0010-2014-PI/TC
- STC Exp. N° 00015-2012-PI/TC
- STC Exp. N° 0006-2018-PI/TC
- STC Exp. N° 00006-2017-PI
- STC Exp. N° 0001-2018-PI/TC
- STC Exp. N° 0008-2018-PI/TC
- ATC 0006-2006-PI/TC
- ATC 0007-2007-PI/TC
- ATC 0001-2009-PI/TC
- ATC 0010-2006-PI/TC
- ATC 0001-2012-PI/TC
- ATC 0007-2012-PI/TC
- ATC 0020-2009-PI/TC
- ATC 0013-2010-PI/TC
- ATC 0018-2010-PI/TC

- ATC N° 06040-2015-PA/TC
- ATC 0006-2009- PI/TC
- ATC 0033-2005-PI/TC
- ATC 0010-2006-PI/TC).
- ATC 0004-2008-PI/TC
- ATC 0022-1996-AI/TC