

# LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL NOS REPRESENTA. LA ADJUDICACIÓN ESTRATÉGICA Y COOPERATIVA EN EL CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR

## Constitutional Courts Represents Us. Strategic and Cooperative Adjudication in Transformative Constitutionalism

JORGE ERNESTO ROA ROA<sup>1</sup>

Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España

### Resumen

Este artículo presenta una propuesta de diseño y funcionamiento de la justicia constitucional con el objetivo de que esta fortalezca el sistema de división de poderes y canalice el cambio social. Se trata de una concepción del control de constitucionalidad en el marco de la democracia deliberativa y el constitucionalismo transformador. Bajo esa perspectiva, el rol de los jueces constitucionales es defender los elementos básicos de la democracia representativa, tomar en serio la presunción de constitucionalidad de las leyes e interactuar dialógicamente con el legislador. Además, la justicia constitucional contribuye a detectar los puntos ciegos del sistema democrático, fortalece la deliberación como un diálogo público y canaliza ejercicios de litigio de interés público. El objetivo es que los jueces atiendan el contexto en el que operan sin minar los elementos fundamentales de la conversación democrática. Asimismo, la justicia constitucional ostenta un carácter representativo que reduce su tensión o déficit democrático y la erige en un escenario para una adjudicación estratégica y cooperativa.

### Palabras clave

Deliberación, Litigio de interés público, Democracia, Representación, Cambio social, Constitucionalismo transformador.

### Abstract

This article presents a proposal for the design and operation of judicial review with the aim of strengthening the system of separation of powers and channeling social change. It is a conception of judicial review within the framework of deliberative democracy and transformative constitutionalism. Under this perspective, the role of constitutional judges is to defend the basic elements of representative democracy, take seriously the presumption of constitutionality of laws and interact dialogically with the legislator. In addition, constitutional justice helps to detect the blind spots of the democratic system, strengthens deliberation as a public dialogue and channels public interest litigation exercises. The article concludes that judges must attend to the context in which they operate without undermining the fundamental elements of the democratic conversation. Likewise, judicial review

<sup>1</sup> Doctor en Derecho (*summa cum laude*) por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Magister en Ciencias Jurídicas Avanzadas de la UPF de Barcelona y Magister en Gobernanza y Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Madrid. Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Profesor de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Comparado de varias Universidades en Europa y América Latina. Correo electrónico: [jorgeroa@gmail.com](mailto:jorgeroa@gmail.com); ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1117-2302>.



has a representative character that reduces its tension or democratic deficit and establishes it as a scenario for a strategic and cooperative adjudication.

### **Keywords**

Deliberation, Public Interest Litigation, Democracy, Representation, Social Change, Transformative Constitutionalism.

## **1. Introducción**

Este artículo pretende demostrar que la jurisdicción constitucional es un elemento de consolidación de la división de poderes. Incluso cuando la judicatura realiza su función de control de constitucionalidad de las leyes, aquella puede contribuir a mantener la división de poderes, fortalecer el rol deliberativo del legislador y corregir los eventuales errores del proceso democrático. Además, la justicia constitucional también puede ser una institución para la representación de intereses o causas sociales. De esta manera, los tribunales constitucionales canalizan algunos reclamos ciudadanos que coadyuvan a la realización de las promesas incluidas en las constituciones. Eso significa que no existe una tensión fuerte entre el principio democrático deliberativo y la existencia de la justicia constitucional o una tensión entre la labor del legislador y la de los tribunales constitucionales. Por el contrario, en contextos como el latinoamericano, la jurisdicción constitucional actúa no solo como un órgano de control de la validez de las leyes o de amparo sino como una institución que consolida un sistema cooperativo y dialógico de división de poderes. El objetivo final de ese trabajo coordinado es la satisfacción de los derechos constitucionales.

El artículo se divide en dos partes. En la primera parte se muestran algunas de las contribuciones que la justicia constitucional puede hacer a favor de la división de poderes como el diálogo, la corregibilidad de los errores y una valoración de la presunción de constitucionalidad de las leyes. Por otro lado, en la segunda parte se analiza la función de la jurisdicción constitucional como canalizadora de la representación de intereses. En este ámbito, se hará énfasis en una forma de judicialización democrática de los derechos que permite a los reclamos sociales avanzar a través del litigio de interés público. De esa manera, la totalidad del texto busca demostrar un rol de la judicatura constitucional tanto consolidador como cooperativo y dialógico con los demás poderes del Estado.

## **2. El control de constitucionalidad como un diálogo público y cooperativo con los demás poderes del Estado**

Una gran parte de la literatura crítica del control judicial de la ley concentra sus esfuerzos en demostrar que los jueces constitucionales son una especie de élite dentro de la sociedad y del sistema democrático. En primera instancia, sostienen la idea que los tribunales están conformados por un grupo minoritario de personas elegidas entre los sectores académicos o políticos. En segundo término, se afirma que los jueces son funcionarios designados por procedimientos con un alto déficit democrático (Waldron, 1999; Gargarella, 2022, pp. 195-210).

La consecuencia de esa argumentación dual es el fundamentar la tesis de que los tribunales constitucionales no ostentan una posición privilegiada frente al contacto con los diferentes intereses sociales, ni son órganos próximos a la deliberación pública. Ese privilegio sería un monopolio del parlamento democráticamente elegido. De las versiones extremas de esa posición destaca aquella que defiende que los actos normativos realizados por el legislador

no deben estar sujetos al control judicial o que la justicia constitucional es una especie de insulto para la división de poderes<sup>2</sup>.

Una respuesta adecuada a esta crítica ha sido formulada por Owen Fiss (2007). Este autor no solo ha precisado esta objeción, sino que ha construido la teoría del control judicial como un diálogo público. Por una parte, la precisión consiste en una disección de la censura y en una identificación de su objeto. Destaca, además, que bajo argumentos clásicos sobre el déficit democrático en el nombramiento de los jueces se construye un reparo que no tiene relación con la posición funcional del juez en la democracia sino con el método que usa para decidir. Dicho de otra manera, el reproche tiene una contradicción interna. Aunque parece confrontar a los jueces como una minoría antidemocrática que trastoca el sistema de división de poderes, en realidad acusa una ausencia de participación civil y de contacto de los jueces con la deliberación pública.

Como consecuencia de esa contradicción interna de la objeción, el autor considera que la defensa del control judicial del legislador no se debe centrar en la forma de nombramiento de los jueces o en su condición de académicos, políticos o jueces de carrera; sino en la forma como proceden al adoptar sus decisiones. Bajo estos parámetros, la defensa niega la ausencia de contacto del juez con la deliberación pública. Asimismo, resalta algunas de sus condiciones que le acercan al debate público: el juez también es un ciudadano, se informa, lee la prensa, participa de ciertas asociaciones en su vecindario, en su ciudad o en la misma judicatura y se ve afectado por las decisiones legislativas.

Sin embargo, el punto central de esa defensa es la tesis del control judicial como un diálogo público. Se trata de considerar que la jurisdicción constitucional satisface los siguientes nueve postulados:

- i) El control judicial de la ley es una forma especial de diálogo público.
- ii) Los participantes del diálogo son el legislador, los ciudadanos y los jueces.
- iii) El diálogo se caracteriza porque las cortes no tienen la competencia para decidir los temas que van a ocupar la agenda, estos últimos son definidos por el legislador y por los mismos ciudadanos
- iv) Los jueces no se pueden rehusar a participar en la conversación y, como consecuencia.
- v) Los tribunales no pueden dejar de escuchar a todos los participantes del diálogo.
- vi) La judicatura está obligada a emitir una respuesta a los argumentos del legislador y de los ciudadanos.
- vii) El contenido de la respuesta que deben dar los jueces no puede obedecer a sus convicciones personales, ni a las preferencias ciudadanas (debido al principio de imparcialidad), sino debe ser una versión coherente con los valores públicos constitucionales siguiendo el lenguaje constitucional
- viii) Los jueces deben fundamentar todas sus respuestas.
- ix) Deben firmar y responder públicamente por sus tales decisiones (Fiss, 2007, pp. 33-34).

Cuando se cumplen estas condiciones de participación y desarrollo del diálogo, la crítica al déficit de deliberación y de contacto del juez con la sociedad queda superada. El punto más fuerte de la teoría del diálogo radica en el protagonismo del ciudadano. De allí que se prefiera un diseño

<sup>2</sup> Esta es la versión de la crítica que fue expuesta por Jeremy Waldron (2001) en su texto *Law and Disagreement*. Sin embargo, como se ha demostrado en otros trabajos, esa objeción no tiene un alcance universal. En concreto, en América Latina la objeción no es plenamente aplicable. Así lo ha declarado el propio Waldron. En ese sentido vale la pena revisar la siguiente fuente: Roa Roa, J. E. (2019). "Justicia constitucional, deliberación y democracia en Colombia: Jeremy Waldron reflexivo en Bogotá". *Revista Derecho del Estado*, Universidad. 57-98.

institucional de la jurisdicción constitucional que incluya mecanismos para que los ciudadanos sometan a consideración del tribunal constitucional un acto normativo del legislador. Así ocurre, *inter alia*, en Colombia, Ecuador y Panamá. El diálogo requiere que los individuos sean los encargados de determinar: las normas sobre las cuales se deberá pronunciar la Corte, participar en audiencias de intervenciones públicas que son convocadas en cada uno de los procesos y manifestar su (in)conformidad con la decisión judicial. Ese tipo de escenarios deliberativos ya se han implementado en Argentina, Brasil, Colombia y México (Roa Roa, 2019, pp. 57-98).

Cuando eso ocurre, la cercanía de la Corte con la deliberación pública puede alcanzar un nivel especialmente alto. Incluso suele permitir la expresión de las minorías que no fueron escuchadas durante el proceso legislativo y que las mayorías reiteren los argumentos que fundamentaron la ley enjuiciada. Por esa razón, en muchos países, los ciudadanos ejercen su derecho de manifestación pública como una forma de presión ante el tribunal constitucional; incluso en más oportunidades que ante el mismo legislador. Este sistema de control judicial de la ley tiene una ventaja deliberativa porque permite la expresión de las personas que no han sido representadas en los debates parlamentarios (Ferrerres, 2007, p. 164). De esta manera la existencia y el funcionamiento de la justicia constitucional no supondría un coste sino un beneficio democrático dado que ofrecería un lugar para la representación de minorías insulares o discretas que son poco atractivas para el sistema de representación parlamentaria (Ely, 1973, pp. 920-949).

Desde luego, la jurisdicción constitucional no sustituye la deliberación que debe realizar el legislador. Eso explica el tipo especial de argumentos que son válidos en el procedimiento de constitucionalidad. Se trata de una forma específica de lenguaje referida a los valores públicos de la Constitución. Esa pertinencia de los argumentos también sirve para evitar que el proceso de constitucionalidad se convierta en un nuevo debate legislativo, que se pretendan hacer valer preferencias sectoriales de los ciudadanos o que se utilice la judicatura como un mecanismo para entorpecer la labor legislativa. El proceso constitucional es una verdadera conversación cuando interactúan las diversas interpretaciones plausibles y razonables de la Constitución y de la ley. Eso significa que el diálogo constitucional es una forma de deliberación pública que también ocurre en la jurisdicción constitucional (Roa Roa, 2015, pp. 38-45).

### **3. La jurisdicción constitucional: tomarse en serio la presunción de constitucionalidad de la ley**

La crítica a los jueces constitucionales como una *élite* tiene consecuencias adicionales a las comentadas en la sección anterior. También se acusa que la jurisdicción constitucional y el pequeño grupo de ciudadanos que la integran no pueden tener la última palabra en una democracia, mucho menos si el sistema jurídico tiene una Constitución rígida (Martí, 2014, pp. 550-558). Dos razones se aducen en este sentido. En primer lugar, a quien le corresponde la última palabra es funcionalmente al legislador democráticamente elegido y representante de los diversos intereses que interactúan en el debate democrático. En segundo término, las leyes constituirían una expresión de la voluntad general que se aproximan a una decisión correcta en relación con aquella que pueda tomar cada juez en la soledad de su despacho (Kramer, 2004).

Una de las formas para superar estas críticas que integran la objeción democrática al control judicial es concebir el proceso ante la jurisdicción constitucional como una instancia cuyo propósito es confirmar o desvirtuar la presunción de constitucionalidad de la ley aprobada por el legislador. De esta manera, el juicio que lleva a cabo el tribunal constitucional, además de tener las características del contraste propio entre la interpretación correcta de la Constitución y la interpretación correcta de la ley, tiene como guía la existencia de una presunción a favor de esta última (Ferrerres, 2007, pp. 147-150). Esa

presunción lleva a decidir a favor de la constitucionalidad de la ley cuando los argumentos en su contra no superen un determinado baremo, e incluso, cuando alcancen apenas un punto intermedio o de empate. Por ejemplo, la famosa fórmula thayeriana establece que la ley solo puede ser invalidada si se demuestra que esta es inconstitucional más allá de toda duda razonable (Thayer, 1893, pp. 129-156).

El argumento de la presunción de constitucionalidad de la ley es aún más complejo porque plantea una escala o gradación de tres niveles. En el nivel superior o de máxima presunción de constitucionalidad están aquellas leyes que han sido aprobadas por el parlamento con previa o posterior consulta al pueblo mediante referéndum. En el nivel inferior o de mínima presunción de constitucionalidad se encuentran las leyes desuetas, las preconstitucionales, las generales y no son aplicables a casos especiales o novedosos y las aprobadas en contextos de gobiernos dictatoriales (Ferrerres, 2007, pp. 207-220).

El nivel intermedio o de presunción moderada de constitucionalidad permite en sí varias posiciones. Dentro de este eslabón, las leyes gozan de una presunción de constitucionalidad que depende de factores como: la afectación o no de grupos históricamente discriminados, el menor o mayor grado de consenso parlamentario en su aprobación, la limitación o no de los derechos de participación política y la coherencia de la ley con la realidad regulada. El grado de la presunción puede aumentar o disminuir y, en esa medida, el control por el tribunal puede ser más o menos exigente para declarar su (in)constitucionalidad (Ferrerres, 2007, pp. 220-269).

La idea de graduar la presunción de constitucionalidad de la ley puede ser criticada (Ferrajoli, 2010, pp. 102-109). Sin embargo, es importante reiterar que el fundamento de la existencia de la presunción de constitucionalidad de la ley es un principio democrático. De acuerdo con este postulado, se defieren al legislador las decisiones más importantes, el desarrollo de la Constitución y la representación electoral y parlamentaria de los intereses de los ciudadanos. La presunción es el reconocimiento de la igual dignidad política que se concreta en la representación parlamentaria y el reflejo de una concepción que permite afirmar la alta probabilidad de que allí se tomen decisiones correctas, al menos, en un sentido constitucional.

Por esa razón, el sistema de control judicial que mejor responde a estos postulados es el concentrado, bajo la existencia de un tribunal especializado, ubicado en la cúspide de la jurisdicción, con jueces elegidos con la intervención del legislador y, de preferencia, con la legitimidad de los ciudadanos para poner en marcha el mecanismo; es decir, un sistema en el que el ciudadano sea el primer eslabón de la sentencia de constitucionalidad. Como señala Ferreres:

La persona que sufre los efectos de una ley debería poder obligar al poder público a rendir cuentas. El gobierno debe explicarse, debe hacer explícitas las razones en virtud de las cuales entiende justificada la medida legislativa, dado el coste que sufre esa persona. Este argumento tiene una fuerza especial cuando se alega como violado un derecho fundamental. Además, desde un punto de vista instrumental, resulta sensato abrir los tribunales a los individuos y grupos afectados (Ferrerres, 2011, p. 110).

Sin embargo, la mayoría de las veces el ciudadano acude al tribunal porque, o bien, a pesar de haber manifestado la inconstitucionalidad de la norma su voz no fue atendida por el parlamento durante el proceso legislativo o porque se enfrenta a la injusticia en la aplicación de una norma inconstitucional. De allí que resulte fundamental que los tribunales constitucionales con vocación transformadora no solo se tomen en serio la presunción de constitucionalidad de las leyes, sino que entiendan que su rol también puede consistir en la corregibilidad cooperativa de los errores del proceso democrático.

#### 4. La jurisdicción constitucional como instancia para la corregibilidad de los errores del proceso democrático

Una parte de las tensiones que se presentan en las democracias constitucionales entre el tribunal constitucional y el legislador es representada bajo el argumento de la falibilidad en la adopción de las decisiones correctas. Especialmente, la defensa del legislador establece que el parlamento ofrece mayores garantías de imparcialidad, representación de intereses y conocimiento de los problemas; con lo cual la probabilidad de errar es mucho menor que la de un tribunal.

El fundamento filosófico que subyace a este postulado es la idea de justicia procesal imperfecta de John Rawls<sup>3</sup>. De acuerdo con el autor, el método que usa el legislador para tomar sus determinaciones es mejor que el aplicado por cualquier tribunal. Este se basa en el razonamiento jurídico de un grupo de jueces mientras que aquel permite la participación tanto de los ciudadanos que resultarán beneficiados como de aquellos que se puedan ver afectados por la ley. La ventaja para el legislador resulta de poner el énfasis en los procedimientos para decidir y no en el contenido de la decisión. Por ello se presume que, cualquiera que sea la opción aprobada por el legislador, por el solo hecho de ser la mayoritaria, esta es mejor que aquellas que quedaron en minoría.

La tesis anterior tiene una debilidad porque, al poner el acento exclusivamente en los procedimientos, obliga a reconocer la posibilidad de errores materiales o de contenido, incluso cuando las normas procesales se han seguido al pie de la letra (Rawls, 2010, p. 90). Dos posibles casos de error merecen ser destacados. En primer lugar, cuando la opción mayoritaria implica una afectación de los intereses de quienes quedaron en minoría. Aunque esta regla (discriminatoria) haya cumplido con el procedimiento legislativo, puede existir una tercera opción que no implique el beneficio de un sector en detrimento del otro. El segundo caso de error se presenta cuando, además de los criterios procesales, se aplican los baremos materiales para determinar la idoneidad de la ley. En esta hipótesis, una decisión ajustada a los procedimientos puede no estarlo si se aplican criterios sustanciales que están incluidos en una norma superior.

El carácter evidente de estas dos hipótesis de falibilidad condujo a que los defensores de la democracia procedimental hicieran una moderación en sus tesis y evitaran asimilar los conceptos de mayoría con el de verdad, minoría con error o decisión aprobada con decisión constitucional. Sin embargo, el argumento epistémico mantiene una fuerte crítica al control de constitucionalidad porque niega la posibilidad de que un tribunal sea el escenario adecuado para que, en ciertas circunstancias, se encuentren mejores soluciones o para corregir las decisiones del parlamento. Desde la perspectiva del constitucionalismo popular y de una teoría fuerte del *departamentalismo*, cada una de las ramas del Estado debería tener una voz definitiva cuando se trata de adoptar una decisión que pone fin a un desacuerdo<sup>4</sup>.

A esta crítica se puede contestar que el control jurisdiccional de la legislación puede actuar como un complemento a la labor del legislador y coadyuvar a la corrección tanto de los fallos por afectación excesiva de una persona o grupo como en la evaluación de la decisión de acuerdo con criterios distintos a los meramente procesales. Aunque el control de constitucionalidad no convierte al proceso democrático en infalible, puede resultar idóneo para corregir los dos tipos de error que presenta la defensa de un modelo basado exclusivamente en procedimientos como medios para la obtención de decisiones correctas.

<sup>3</sup> La tesis de la justicia procesal perfecta e imperfecta de Rawls aparece como parte del propósito de construir conceptos que permitan delimitar una idea razonable de justicia, además del velo de la ignorancia, la posición original, la estructura básica, el orden lexicográfico y la posición menos favorecida. La justicia procesal imperfecta se caracteriza porque "si bien existe un criterio independiente para el resultado correcto, no hay ningún procedimiento factible que conduzca a él con seguridad" (Rawls, 2010, p. 90).

<sup>4</sup> Un interesante análisis de este argumento *departamentalista* fuerte en el texto de Robert Post y Reva Siegel (2013) titulado *Constitucionalismo democrático* (pp. 119-139).

Cuando se trata del error por la afectación del grupo minoritario con la decisión mayoritaria, es importante señalar que el solo hecho de ser una minoría en la sociedad, o en el órgano de representación popular, no es sinónimo de tener que soportar cargas públicas excesivas, restricciones desproporcionadas a los derechos fundamentales o cualquier situación material que afecte el principio de igualdad y el de dignidad humana. También es claro que una ley aprobada por una mayoría no es inmune a juicios distintos de los puramente procedimentales.

Sobre el segundo error (dejar de lado los criterios materiales de evaluación de una ley) también es oportuno reiterar que, en contextos de democracias constitucionales, no es plausible sostener que toda decisión que haya seguido con rigor los procedimientos sea, por ese solo hecho, inmune a todo juicio que incluya un baremo diferente. Por el contrario, la fuerza vinculante de la Constitución, que irradia su fuerza normativa en la órbita de los particulares, pero, sobre todo, en la del poder público, dentro del cual se incluye al legislador, impone la existencia de límites materiales al contenido de las decisiones y requisitos para que puedan ser calificadas como democráticas.

Ahora bien, ¿debe la minoría esperar a ser una mayoría para modificar una decisión adoptada por el parlamento que restringe de manera desproporcionada sus derechos fundamentales o crea cargas excesivas? ¿Debe el ciudadano esperar a que sus representantes convenzan a la mayoría en el parlamento de la inconstitucionalidad de la decisión? O, en el supuesto de que sus representantes no tengan ese interés, ¿debe el ciudadano esperar a cambiar a sus representantes por otros que modifiquen esa decisión o convenzan a la mayoría de que esta es inconstitucional? Desde luego, la respuesta a las tres preguntas es negativa.

En el primer caso de error por afectación inconstitucional de una persona o grupo, la justicia constitucional permite controlar una ley aprobada por la mayoría con el cumplimiento de todos los procedimientos, pero cuyo contenido se encuentra fuera del marco que la Constitución establece. En este caso, porque crea una situación que lesiona los derechos de esa persona o grupo. El tribunal no juzga si la minoría tuvo la oportunidad de expresarse o no, ni la recepción de sus argumentos. La judicatura evalúa en abstracto e imparcialmente si la decisión mayoritaria vulnera el principio de igualdad, restringe los derechos o crea cargas excesivas para alguno de los grupos minoritarios. Solo aquellas diferencias que tienen una base objetiva y que responden a criterios razonables pueden ser aceptadas de acuerdo con el principio de igualdad (Bernal Pulido, 2005). El remedio en estos casos puede ser una sentencia que declare la inconstitucionalidad de esa ley. En esta hipótesis, el legislador tiene que volver a tramitar una norma que cumpla con los procedimientos. Además, debe tener en cuenta que el grado de diferenciación material introducido en la norma anterior debe ser reemplazado por uno que sea compatible con el principio de igualdad.

Otra opción con la que cuenta el tribunal para estos casos son las sentencias integradoras o las que remedian una discriminación normativa. En estos supuestos, los tribunales ordenan incluir como beneficiarios o destinatarios de una norma que establece una ventaja a un grupo que fue excluido sin razones objetivas. De esta manera, el juez puede impedir que se concrete la vulneración a derechos de la minoría injustificadamente excluida, que se apliquen cargas excesivas o que se consuma la violación al principio de igualdad.

Asimismo, cuando el legislador ha proferido una ley con contenido normativo inconstitucional, el ciudadano no debe esperar la efectividad de su representante, ni el siguiente llamado a las urnas para corregir el error de esa decisión. El ciudadano puede acudir al tribunal tan pronto como se peca de la inconstitucionalidad de la ley. Su objetivo debe ser demostrar que la aplicación de criterios diferentes al procedimiento, en concreto, los parámetros de la norma constitucional imponen la expulsión de la ley del ordenamiento jurídico.

La aplicación de los valores públicos de la Constitución en el juicio que realiza la Corte determinará si el ciudadano tenía la razón o no.

Sin embargo, la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley no debe ser concebida como una especie del control político al legislador o una herramienta de control ciudadano. La frontera que separa el proceso de control de constitucionalidad de los mecanismos de veeduría ciudadana está compuesta por la naturaleza de la exigencia: en estos se escruta la idoneidad política de las medidas y en aquel se confronta el significado normativo de la disposición legislativa con el significado normativo de la Constitución. Así, el sistema de control judicial permite obtener resultados que ni siquiera las elecciones democráticas proporcionan. En el caso de la legislación inconstitucional, el solo cambio de los representantes no asegura que estos acepten la incompatibilidad de sus medidas con la Constitución; o en el supuesto de que así lo hagan, que logren derogarlas o modificarlas. Por el contrario, la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley demandada obliga al legislador a deliberar de nuevo sobre los medios disponibles para obtener el mismo fin que se pretendía con la ley expulsada del ordenamiento. Además, se centra el debate parlamentario cuando la jurisdicción constitucional también excluye el fin que el legislador quiere alcanzar por su incompatibilidad con la Constitución.

Asimismo, la sentencia que declara la constitucionalidad de la ley le confiere mayor legitimidad, no solo en el sentido de consolidar su presunción de constitucionalidad, sino en un sentido político, pues refrenda la compatibilidad de las decisiones legislativas con los valores superiores del ordenamiento. En conclusión, estos dos argumentos no niegan absolutamente la ventaja epistémica del legislador, sino que se limitan a recoger dos de sus posibles fallos y proponen un medio de corrección basado en la participación de los ciudadanos y la intervención del tribunal constitucional. Ahora corresponde analizar si la jurisdicción constitucional tiene una función que no solo pueda corregir los errores del parlamento mediante una evaluación seria de la presunción de constitucionalidad de la ley. Se trata de un rol que compromete directamente a la justicia constitucional como un escenario para que se superen los bloqueos institucionales, las cargas de inercia y los puntos ciegos del sistema democrático.

## **5. La justicia constitucional subsana el déficit de deliberación y los bloqueos institucionales**

La jurisdicción constitucional latinoamericana opera en un contexto político especial que está caracterizado por el déficit de deliberación dentro del parlamento, el descrédito del poder legislativo y el deficiente funcionamiento de los instrumentos de control político. En situaciones como esta, la jurisdicción constitucional puede enfrentar parcialmente esos déficits. Frente al déficit deliberativo, el proceso judicial permite que la sociedad discuta sobre determinadas políticas legislativas aprobadas por el parlamento sin mayor debate. Ante la falta de legitimidad de los parlamentos, el poder judicial y, especialmente, el tribunal constitucional, permite que los ciudadanos reaccionen ante las medidas aprobadas con el propósito o con el efecto de beneficiar prácticas que pueden fomentar la delincuencia o lesionar derechos ciudadanos. Finalmente, ante la pasividad o mal ejercicio de los mecanismos de control político para hacer efectiva la responsabilidad del gobierno y, especialmente, la del (hiper)presidente, la justicia constitucional se ha convertido en una instancia esencial para articular el proceso democrático y controlar las omisiones del ejecutivo.

Aún si el sistema democrático funcionara perfectamente, la jurisdicción constitucional podría realizar aportes concretos al funcionamiento democrático. Por ejemplo, Rosalind Dixon se ha ocupado de señalar que el control de constitucionalidad no es prescindible en las democracias que funcionan aceptablemente. El punto de vista de Dixon es que incluso una

democracia perfecta puede tener otro tipo de problemas o fallos que restan su valor como proceso de decisión. Ante los efectos importantes de esa debilidad de la democracia el control de constitucionalidad aparece como una vía adecuada para introducir correctivos. En concreto, afirma que incluso las democracias que funcionan de manera adecuada tienen un alto riesgo de aprobar políticas públicas contrarias a los valores públicos de la Constitución. Esto sucede porque existen puntos ciegos de la democracia o del sistema deliberativo.

La tesis de Dixon es que los puntos ciegos pueden ser de aplicación, de perspectiva y de acomodamiento. Estos ocurren, respectivamente, cuando: por un lado, los límites de racionalidad del legislador le impiden prever que una ley que parece conforme con la Constitución desde un punto de vista abstracto puede ser aplicada de manera o con efectos contrarios a los derechos constitucionales; por el otro, cuando no se aprecia el impacto de una ley en los distintos grupos que existen dentro de la sociedad y, finalmente, se aprueba un acto normativo que responde a un objetivo legislativo claro pero deja por fuera otros objetivos igualmente valiosos desde el punto de vista constitucional (Dixon, 2007, p 402).

Además, la autora también se refiere a los problemas o cargas de inercia del legislador que afectan a los derechos constitucionales. En especial, se preocupa por la inercia legislativa que es consecuencia de la prevalencia de los intereses electorales de los grupos políticos sobre la protección de los derechos o de la intención de mantener la unidad de un partido político cuando existen diferentes opiniones dentro de ese partido sobre el contenido de un derecho<sup>5</sup>. También señala que una democracia perfecta puede combinar la inercia del legislador con la de la administración con resultados perjudiciales para la garantía efectiva de los derechos (Dixon, 2007, p. 403).

Frente a los puntos ciegos y la inercia del legislador, Dixon propone un enfoque dialógico de la justicia constitucional en el que los tribunales deben adoptar medidas para evitar la prolongación de los efectos de los puntos ciegos o resolver los problemas que generan los bloqueos legislativos (Dixon, 2007, p. 406). No se trata solamente de que el poder judicial le indique al legislador que ha fallado y se quede a la espera de que este se desbloquee o abandone la posición de inercia, o de que los jueces adopten remedios individuales en casos concretos por la vía de los mecanismos de tutela o amparo. El poder judicial debe contribuir directamente a remediar la inercia o superar el bloqueo institucional (Dixon, 2007, pp. 404 y 405).

El aporte de Dixon en relación con los puntos ciegos del sistema democrático y su preferencia por un sistema en el que los jueces tienen un rol central para la superación de los efectos negativos que esos puntos ciegos conllevan para los derechos constitucionales, permiten defender un sistema en el cual los propios ciudadanos activan la intervención judicial con el fin de remediar las consecuencias negativas de los límites epistémicos del legislador. Todavía más, desde la perspectiva de Dixon, el control de constitucionalidad contribuye a superar situaciones de bloqueo institucional mediante órdenes directas. La reticencia legislativa para cumplir con sus funciones impide que el legislador reclame a la judicatura por ocupar un espacio que el propio legislador ha dejado vacío; los jueces no desplazan al legislador cuando este mismo declina en el ejercicio de sus funciones. En estos casos, los tribunales pueden señalarle al legislador que los propios ciudadanos han solicitado la intervención judicial frente a la defraudación de las expectativas sobre el rol que le corresponde al poder legislativo dentro de la organización social.

<sup>5</sup> En los Estados Unidos existen muchos ejemplos de desacuerdos dentro de la sociedad que dividieron a los partidos y sobre los cuales el Congreso se abstuvo de decidir para que fuera la Corte Suprema el órgano encargado de tomar una decisión sobre la materia. Se citan como casos paradigmáticos los problemas relacionados con la abolición de la esclavitud (*Dred Scott v. Sandford*, 1856) o la interrupción voluntaria del embarazo (*Roe v. Wade*, 1973). Vid. Tushnet, Mark. "Alternative Forms of Judicial Review". *Michigan Law Review*, vol. 101, 2002, p. 2788.

Ello también explica el efecto de algunos procesos de constitucionalidad como ejercicios de control político. Este fenómeno se debe especialmente al gran poder que ejerce el presidente sobre el Congreso. Esta situación impide que el parlamento garantice ciertos derechos frente a iniciativas legislativas que son presentadas por el gobierno sin satisfacer los requerimientos de la Constitución.

En definitiva, se trata del juicio de constitucionalidad como una instancia que permite la superación de los bloqueos institucionales en los que el legislador y el gobierno omiten el cumplimiento de sus deberes. En muchos casos, ocurre de manera deliberada. En otros porque no hay herramientas para formular una política pública determinada o porque los problemas de ciertos sectores sociales no hacen parte de la agenda gubernativa o legislativa.

En conclusión, en contextos políticos como el descrito anteriormente y jurídicos donde prevalece una amplia generosidad y detalle del texto constitucional, la jurisdicción constitucional asume roles extraños frente al clásico entendimiento del control judicial al legislador. Estas acciones tienen una amplia justificación en ese mismo carácter del texto constitucional y son un efecto necesario de la protección efectiva de los derechos ciudadanos. También es el resultado de la expansión del principio de constitucionalidad, de la fuerza vinculante de la Constitución, de su eficacia normativa y de su poder de irradiación. Todos aumentan el margen de actuación de la jurisdicción constitucional<sup>6</sup>. Se trata de un proceso aluvional que no es habitual en las democracias *core of the case*, pero que tiene una fundamentación que lo legitima y unas consecuencias positivas para la protección de los seres humanos que habitan los Estados del sur global.

## **6. El control de constitucionalidad como mecanismo de representación de intereses públicos o de terceros mediante ejercicios de *public interest litigation***

En la sección anterior se señaló que la jurisdicción constitucional puede actuar de forma que se reduzca la tensión entre el *judicial review* y el principio de igualdad política. Sin embargo, en esta sección se sostendrá que los tribunales constitucionales son escenarios para los denominados fenómenos de *public interest litigation* en los cuales el ciudadano que acude ante los tribunales, generalmente, carece de un interés directo en el litigio y actúa en defensa de un interés público o de los derechos de terceros. Como se mantendrá, la justicia constitucional puede incorporar una forma de *public interest litigation* que tiene el potencial de abrir espacios para que los ciudadanos actúen a favor de la protección de los derechos e intereses de quienes han sido marginados o excluidos del procedimiento político. La estructura del argumento será señalar los rasgos esenciales de la *public interest litigation* y establecer los puntos de conexión de esta experiencia de litigio con funcionamiento de la revisión judicial de las leyes.

### **6.1. Las características esenciales de la *public interest litigation***

Las primeras manifestaciones de *public interest litigation* ocurrieron en la India entre 1977 y 1978. Hasta entonces, en ese país existía un modelo de acceso interesado a la justicia. Eso quiere decir que la legitimación activa se reconocía solamente a quienes se hubieran visto directamente afectados por una acción u omisión de la administración, o a quienes tuvieran un interés directo en un litigio determinado.

---

<sup>6</sup> “Puede afirmarse que, a toda expansión del principio de legalidad, a cada paso dado en la tarea de limitación y sujeción del poder al derecho, ha correspondido, inevitablemente, una ampliación de los espacios de la jurisdicción. Puesto que la jurisdicción interviene precisamente en presencia de violaciones del derecho y, por consiguiente, cuanto más crece este, con las obligaciones y prohibiciones impuestas al poder público, más se expande el área de las posibles ilegalidades, que ya no son solo cometidas por los ciudadanos comunes sino también, y cada vez más, las debidas a los que se encuentran en posiciones de poder” (Ferrajoli, 2010, p.208).

Como ha sido señalado por el exjuez Bhagwati, este esquema tenía dos efectos negativos. Por una parte, el sistema desconocía que en muchas ocasiones los afectados se encontraban en imposibilidad material de acceder a la justicia. Por otra, obstaculizaba prácticas solidarias de quienes estaban en capacidad de representar ante los tribunales los derechos de otras personas. Según este autor, el modelo de acceso interesado tenía fundamentos sólidos en los litigios de derecho privado, pero carecía de sustento cuando se trataba de litigios de derecho público, como la protección de derechos fundamentales o el control de constitucionalidad<sup>7</sup>.

En ese contexto, los primeros casos de *public interest litigation* tuvieron como causa el movimiento judicial de la denominada jurisprudencia epistolar. Esta se refiere a los procesos y decisiones judiciales cuyo origen no se encuentra en demandas formales, sino en actos menos complejos que una demanda estructurada; por ejemplo, cartas enviadas a los tribunales por parte de personas privadas de la libertad que habían sido torturadas, por personas que llevaban a cabo trabajos forzados o por aquellos a quienes la administración le había negado su derecho a la pensión. Del mismo modo, se aceptaron cartas escritas por personas a nombre de terceros a quienes se les había vulnerado algún derecho. También se iniciaron procesos judiciales con base en artículos de prensa en los que se informaba sobre graves violaciones a los derechos fundamentales de personas o grupos (Bhagwati, 1985, pp. 568-577).

La *public interest litigation* surgió como una reacción frente a un sistema judicial cerrado en el que el litigio privado era costoso y dejaba fuera a los sectores desaventajados de la sociedad. Esa reacción se produjo mediante cuatro estrategias:

- i) La ampliación del *standing* para iniciar ciertas acciones con el fin de obtener una respuesta de la judicatura que protegiera un interés público o que remediara una situación anómala que concernía a toda la sociedad o a parte significativa de ella.
- ii) La reinterpretación y flexibilización de las reglas y cánones ortodoxos del procedimiento judicial
- iii) La aplicación de nuevos métodos de interpretación constitucional diferentes al originalismo (textualista o voluntarista) y cercanos a la idea del texto constitucional como un documento vivo que debe responder a los cambios sociales y al logro de la justicia social.
- iv) La emisión de órdenes judiciales con potencial estructural y transformador (Cassels, 1989, pp. 498-507).

De los cuatro elementos señalados previamente, el primero tiene un carácter esencial<sup>8</sup>. Eso quiere decir que la nota característica de la *public interest litigation* es la apertura de los tribunales a la ciudadanía<sup>9</sup>. Sin embargo, el fenómeno es más amplio e implica la disminución o eliminación de otras barreras para el acceso efectivo a la justicia, como las formalidades, las tasas legales, la exigencia de litigar mediante representación técnica o la inversión de las cargas probatorias a favor de los peticionarios (Fledman, 1992, p.55). Asimismo, se crean instancias deliberativas, como las comisiones de investigación, los comités de expertos o los *amicus curiae* (Cassels, 1989, p. 500).

<sup>7</sup> Sobre la historia de la public interest litigation en la India se puede consultar a: Prafullachandra Natwarlal Bhagwati en su texto "Judicial Activism and Public Interest Litigation (1985, pp. 570 y 571).

<sup>8</sup> "Perhaps the most distinguishing feature of PIL in India is that the Supreme Court rules of locus standi, or the eligibility of a person to invoke the jurisdiction of the courts, are so relaxed that anyone asserting a violation of fundamental rights can file a claim in one of the appellate courts" (Holladay, 2012, p. 558).

<sup>9</sup> "The signature element of PIL in India is its expansion of locus standi to move the Supreme Court or one of the State's High Courts" (Holladay, 2012, p. 571).

Adicionalmente, la *public interest litigation* se identifica por el carácter atípico de las pretensiones de las partes y por las dimensiones atípicas y novedosas de los remedios judiciales que corresponde decretar frente a esas pretensiones<sup>10</sup>. Generalmente, este tipo de órdenes son de carácter complejo e involucran objetivos a corto, mediano y largo plazo. De allí que sea necesario que los tribunales asuman directamente o deleguen la inspección sobre el cumplimiento de cada meta. En muchos casos, también se requiere un trabajo colaborativo entre los jueces y la administración con el fin de avanzar en la implementación de los remedios judiciales.

Desde el punto de vista teórico se han destacado que los fenómenos de *public interest litigation* surgen en sistemas políticos que se caracterizan por altos niveles de concentración del poder, participación deficitaria de los ciudadanos en las decisiones públicas, funcionamiento deficiente del sistema de representación, inercia legislativa, burocracias complejas y sistemas judiciales ordinarios cerrados a la ciudadanía. Se trata de un contexto que propicia que algunos ciudadanos se movilicen para obtener la protección de intereses de otros o para buscar soluciones a problemas que no les afectan directamente.

Desde esta perspectiva, la *public interest litigation* tiene puntos de conexión con la teoría procedimental de la democracia de John Hart Ely porque defiende la viabilidad de la intervención judicial cuando se han cerrado los canales de participación y cambio político. La *public interest litigation* se basa en la idea de que un medio para lograr que los jueces cumplan con esa función es ampliar el conjunto de legitimados para solicitar la intervención de la judicatura<sup>11</sup>. Es importante señalar, además, que la *public interest litigation* se diferencia de otros fenómenos judiciales en los que se canalizan intereses colectivos o de grupos. A esos efectos es necesario distinguir entre grupos de presión y grupos de interés si bien tanto los grupos de presión como los grupos de interés cuestionan y pretenden cambios en el ordenamiento jurídico<sup>12</sup>. Sin embargo, los primeros actúan de manera altruista y se unen con el fin de ayudar a otros o a toda la colectividad. Por el contrario, los segundos se unen para ayudarse a sí mismos y actúan de manera egoísta o autointeresada.

La *public interest litigation* es un instrumento para los grupos de presión y no para los grupos de interés. Estos últimos asumen un litigio en su propio beneficio al tratar de canalizar una petición de un número plural de personas en un solo proceso judicial en el que se han agregado algunos intereses particulares. La *public interest litigation* no se trata de un fenómeno de litigio privado a gran escala sino de obtener un remedio judicial para proteger un interés que concierne a la sociedad en su conjunto, con independencia de la extensión del grupo de beneficiarios directos de esos remedios judiciales.

Ahora bien, la sola circunstancia de que las partes del litigio tengan interés directo en el resultado del proceso no excluye la existencia de un fenómeno de *public interest litigation*. También se considera que existe *public interest litigation* cuando los litigantes tienen interés directo en el resultado del proceso, siempre y cuando su objetivo no se circunscriba a la protección de sus propios intereses, sino que persiga una transformación estructural del problema que conlleve a la superación de este, no solo para quienes accedieron al sistema judicial sino para todos aquellos que son afectados (Gloppen, 2009, p. 344).

<sup>10</sup> Sobre los fundamentos legales, el funcionamiento de la public interest litigation y los remedios estructurales en la India: Sudarshan, Ramaswamy, "Courts and Social Transformation" (1985, pp. 153-165).

<sup>11</sup> Un examen de las razones a favor y en contra de la conexión entre las reglas de standing y el potencial de accountability del proceso judicial lo presenta David Fedlman en "Public Interest Litigation".

<sup>12</sup> Como señala Griffith, también es verdad que los grupos de presión pueden compartir un interés común y que los grupos de interés se crean para ejercer presión. Por esa razón, la distinción esencial se basa en el carácter altruista o autointeresado del grupo. (Griffith, 1997, p. 1).

En consecuencia, la *public interest litigation* no exige la actuación plenamente solidaria porque admite la reivindicación de derechos o intereses personales bajo la condición de que exista solidaridad respecto de las exigencias transformadoras que las partes hacen a la judicatura<sup>13</sup>. Esta situación ha llevado a considerar que, dentro del proceso judicial, el petionario no ocupa la posición de contradictor de la administración, sino que actúa como un cooperante de esta respecto de la identificación de una situación de incumplimiento de los deberes del Estado (Chuillenáin, 2003, p. 27).

En relación con las pretensiones atípicas y transformadoras, la reacción judicial a los fenómenos de *public interest litigation* depende del modelo constitucional que los jueces asuman. De acuerdo con David Feldman (1992), los jueces pueden considerar que la Constitución establece un esquema propio del liberalismo individualista en el que se procura la participación de ciertos grupos en las decisiones públicas. En ese caso, los jueces deberían reaccionar mediante la limitación de los alcances estructurales de sus decisiones. No obstante, los jueces también pueden asumir una visión utilitarista o una visión republicana de la Constitución, y optimizar el ideal de participación ciudadana y la obligación de los individuos de contribuir al bienestar general (p. 48).

En este segundo caso, la judicatura será más favorable a las prácticas de litigio estructural, pero con una serie de restricciones porque, si bien el esquema de la *public interest litigation* no se limita a una visión clásica del proceso judicial en el que todas las opciones de litigio se reducen a una serie de fórmulas o silogismos cerrados, tampoco autoriza a los jueces a asumir el rol del legislador o de la administración. El proceso judicial se convierte en un elemento para materializar el principio de democracia participativa y ofrecerle al ciudadano una herramienta para controlar a la administración sin llegar a sustituirla o suplantarla. En la relación entre el poder judicial y el sistema político, la *public interest litigation* es un espacio para deliberar y fortalecer el debate público.

Adicionalmente, la *public interest litigation* tiene efectos muy interesantes sobre el propio procedimiento legislativo porque aquella refuerza las condiciones necesarias para que este se desarrolle adecuadamente (Fledman, 1992, p.72). El sistema político no solo se enfrenta a una decisión judicial que es obligatoria, sino que se encuentra ante una decisión judicial que ofrece una respuesta a un problema estructural. La calidad de la respuesta judicial al problema estructural tiene unas virtudes cualitativas que impiden que esta sea ignorada por los legisladores sin un alto costo de oportunidad<sup>14</sup>. Los tribunales también reciben un beneficio de ofrecer una respuesta adecuada en los casos de *public interest litigation* porque ese fenómeno aumenta su grado de credibilidad y de legitimidad social (Bhagwati, 1985, p. 566).

El origen, los fundamentos y las características de la *public interest litigation* permiten remediar el déficit de capacidad de influencia de algunas voces dentro de la sociedad e, incluso, de las generaciones futuras. Como señala Siri Gloppen, este es un mecanismo, mediante el cual, “las voces de los pobres pueden ser articuladas dentro del sistema jurídico

<sup>13</sup> “Public interest litigation here refers to various legal actions taken to establish a legal principle or right that is of public importance and is aimed at social change [...] The aim of public interest litigation is to transform the situation not only for the litigants but also for all those similarly situated: that is, to alter structured inequalities and power relations in society in ways that reduce the weight of morally irrelevant circumstances, such as socio-economic status, gender, race, religion, or sexual orientation” (Gloppen, 2009, p. 344).

<sup>14</sup> En algunos casos, la repuesta judicial se convierte en la base de una futura política legislativa que sigue los lineamientos o incorpora los contenidos de la decisión de la judicatura. Un ejemplo de public interest litigation como remedio frente a la inercia del legislador se encuentra en el litigio estratégico que precedió a la aprobación de la ley contra la violencia doméstica de la India en el año 2005 (Holladay, 2012, pp. 555-573).

y político como un mecanismo para que el Estado sea más sensible y efectivo frente a los reclamos que estos hacen de sus derechos” (Gloppen, 2009, p. 343; Cassels, 1989, p. 497).

De acuerdo con la autora, para que la *public interest litigation* cumpla esa función se requieren cuatro condiciones:

- i) Que las personas cuyas voces fueron excluidas puedan formular sus reclamos en términos constitucionales ante la judicatura, bien sea que lo hagan ellos mismos o que lo hagan por ellos abogados *pro bono*, organizaciones no gubernamentales, clínicas de derechos u otro tipo de asociaciones.
- ii) Que los jueces asuman la competencia de esos reclamos.
- iii) Que los jueces encuentren unos remedios estructurales para esos reclamos
- iv) Que esos remedios tengan un potencial transformador de manera que se inserten en la práctica social y política. De esta forma, el proceso inicia con la voz de los afectados o de sus representantes, pero no finaliza con los remedios concretos sino con la transformación sistémica necesaria para superar un problema estructural (Gloppen, 2009, pp. 35-53).

Desde luego, la *public interest litigation* no está exenta de críticas y muchas de estas también son comunes a la jurisdicción constitucional en general: la ruptura del principio de separación de poderes, el aumento exagerado de la carga de trabajo de los tribunales, la violación del principio de igualdad procesal, el activismo judicial, la politización de la justicia y la judicialización de la política (Cassels, 1989, pp. 507-517).

Este no es el espacio para contestar a cada una de estas objeciones sino para demostrar que la judicatura constitucional también puede operar como un mecanismo de *public interest litigation* mediante el cual los ciudadanos acceden al control de constitucionalidad para atacar la constitucionalidad de una ley que no les afecta, les afecta solo de manera indirecta o cuya inconstitucionalidad solicitan como parte de un proceso de superación de una situación estructural de vulneración de derechos o de lesión a un interés público.

## 6.2. La *public interest litigation*, la jurisdicción constitucional y la división de poderes<sup>15</sup>

A pesar de lo descrito en la sección anterior, es importante tener en cuenta que las desigualdades que afectan al proceso político se pueden prolongar en el control de constitucionalidad. Según este razonamiento, si los intereses privados, corporativos o económicos tienen una capacidad de influencia superior que les permite incidir efectivamente en el órgano legislativo, la apertura de la judicatura creará una oportunidad de acceso a los tribunales constitucionales para esos mismos intereses. Será una vía privilegiada, señala la objeción, debido a que también podrán ejercer su capacidad de influencia ante los tribunales constitucionales. Aún más, si por alguna razón el proceso político logra disipar los factores que generan las disparidades en la capacidad de influencia de los ciudadanos o actúa al margen de los intereses prevalentes, este litigio constitucional crearía una segunda oportunidad para que las facciones hegemónicas hagan valer su mayor potencial de influencia dentro del escenario judicial.

Desde luego que las disparidades en la capacidad de influencia pueden repercutir en la jurisdicción constitucional. No hay razón para pensar que los favorecidos por la política legislativa dejarán de defenderla ante los tribunales constitucionales o que los perjudicados dejarán

<sup>15</sup> Una referencia a los puntos de conexión y de distancia entre la acción pública de constitucionalidad y la *public interest litigation* los discute Mia Caielli en. “El derecho de participación política a través del acceso directo a la justicia constitucional: algunas consideraciones comparativas a partir de la acción pública de constitucionalidad colombiana” (citado en Roa Roa, 2015, pp. 118-123).

de atacarla ante una Corte Constitucional. El punto central, entonces, es analizar si el modelo de justicia constitucional abierta tiene una ventaja comparativa en relación con la posición de quienes, en virtud de su menor capacidad de influencia, han sido excluidos o desdeñados en el proceso de decisión política. En ese sentido, el modelo de la justicia constitucional abierta implica una reducción general de las barreras para acceder a los tribunales e, inevitablemente, eso facilita que determinados intereses hegemónicos accedan a la revisión judicial de las leyes.

Asimismo, la justicia constitucional abierta demuestra una ventaja significativa porque permite que se canalicen los intereses de los excluidos del proceso político. En otros diseños, estos últimos encuentran totalmente cerradas las puertas de la justicia constitucional. La ganancia que se obtiene de permitir que los excluidos del proceso político u otras personas, en su nombre, puedan participar en condiciones de igualdad en el control de constitucionalidad compensa el riesgo de que los mismos intereses que predominaron en la política legislativa influyan nuevamente en el juicio de contraste constitucional.

Adicionalmente, del argumento anterior se puede inferir la siguiente regla: cuanto más se cierran las puertas del control de constitucionalidad para los excluidos del sistema político, mayor es el grado en que las desigualdades en la capacidad de influencia ante el órgano legislativo les perjudican. En efecto, el establecimiento de un modelo restringido de legitimación activa ante los tribunales constitucionales deja efectivamente fuera a los ciudadanos, pero no disminuye notablemente las posibilidades de acceso de quienes tienen mayor capacidad de influencia. En otras palabras, si los intereses hegemónicos tenían capacidad de influencia para incidir en el proceso político, resulta esperable que la tengan para incidir en los mismos actores políticos que tienen legitimación ante la jurisdicción para que estos intenten hacer valer esos intereses dentro del proceso de control de constitucionalidad.

En el modelo de justicia constitucional abierta, es cierto, los privilegiados por su capacidad de influencia tienen menos barreras para acceder a los tribunales y no se ven forzados a recurrir a los actores políticos, a las asociaciones o a la movilización con el fin de canalizar sus intereses ante los jueces. No obstante, su capacidad de influencia prevalente pierde valor comparativo porque, quienes carecen de capacidad de influencia privilegiada, también pueden acceder al tribunal en las mismas condiciones y, en caso de que no puedan hacerlo directamente, otros ciudadanos pueden acceder por ellos mediante el ejercicio de la acción pública de constitucionalidad como mecanismo de *public interest litigation*.

El esquema de justicia constitucional abierta se basa en la comprensión de que abrir la puerta de los tribunales a la ciudadanía no es una garantía de acceso efectivo y, por tal razón, se permite que el litigio sea iniciado por cualquier persona, con independencia de que este acredite un interés determinado en la (in)constitucionalidad de la ley o de que ataque la constitucionalidad de las leyes actuando como un litigante público a favor de otros ciudadanos o de toda la comunidad.

La conexión de la justicia constitucional abierta con la *public interest litigation* es que los dos mecanismos implican una ampliación de la legitimación activa ante los tribunales y rompen con una de las barreras más difíciles de superar por quienes han sido excluidos o por quienes pueden representarlos ante los tribunales (Gloppen, 2009, pp. 349-350). Desde luego, no existe una garantía absoluta de que la agenda de los tribunales será ocupada completamente por los excluidos del proceso político. De lo que se trata es de formular diseños institucionales que aumenten las posibilidades de que los demás miembros de la sociedad accedan a la jurisdicción constitucional para solicitar la protección de sus derechos. Como indica Cepeda:

Los actores sociales que usan con frecuencia el derecho constitucional son los que tienen menor poder en los procesos de toma de decisiones que los afectan. Este es el caso, por

ejemplo, de los pueblos indígenas en relación con la protección de sus derechos colectivos fundamentales, de los vendedores ambulantes que necesitan proteger su derecho a trabajar, o de las personas en condiciones extremas de pobreza que no tienen acceso a los beneficios de la seguridad social (2007, p. 245).

En consecuencia, la justicia constitucional abierta se pone al servicio de los grupos minoritarios o numéricamente mayoritarios pero carentes de poder efectivo dentro de la sociedad. De esta manera, la justicia constitucional abierta refleja la concepción de que el control de constitucionalidad no solo pretende la protección de los derechos de las minorías frente a la mayoría parlamentaria, sino que es un medio para la protección de los derechos de la mayoría cuando esos derechos son vulnerados por las políticas legislativas (Spector, 2015, pp. 276-277). Como señalan algunos autores, no es casual que la difusión de los tribunales constitucionales coincida con la idea central del constitucionalismo moderno que consiste en la protección de los derechos y libertades fundamentales (Eogin, 2016, pp. 269-294).

Finalmente, es importante advertir que la jurisdicción constitucional no puede atender las necesidades de aquellos cuyos intereses no fueron atendidos en el proceso legislativo cuando el diseño institucional de la judicatura también se cierra a esas voces. Por esa razón, es imperativo establecer “cauces procesales mediante los cuales las respectivas organizaciones sociales puedan acudir a la justicia constitucional para cuestionar las leyes que afecten sus derechos” (Casal, 2005, p. 137). Solo de esta manera se construye un mecanismo para la exigibilidad judicial democrática de los derechos y, muy especialmente, de los derechos sociales en el contexto latinoamericano en el que el funcionamiento heteróclito de la división de poderes les asigna un rol representativo y transformador a nuestros jueces constitucionales.

## Referencias bibliográficas

- Bernal Pulido, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Bhagwati, P. N. (1985). “Judicial Activism and Public Interest Litigation”. *Columbia Journal of Transnational Law*, 23, 561-578.
- Casal, J.M. (2005). *La justicia constitucional y las transformaciones del constitucionalismo*. Universidad Católica Andrés Bello-Fundación Konrad Adenauer, Caracas.
- Cassels, J. (1989). “Judicial Activism and Public Interest Litigation in India: Attempting the Impossible?”. *The American Journal of Comparative Law*, 37 (3), 495-519.
- Cepeda Espinosa, M.J. (2007). *Polémicas constitucionales*. Legis, Bogotá.
- Chuillénán, O.N. (2003). “Opening up the Courts to the Marginalised: the Uses and Usefulness of Public Interest Litigation in India”, *Trinity College Law Review*, 18-33.
- Dixon, R. (2007). “Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited”. *International Journal of Constitutional Law*, 5 (3), 391-418.
- Engin, Y., Gülner, S. (2016). “Individual Application to the Turkish Constitutional Court as a Case of Constitutional Transfer”. *Global Constitutionalism*, 5, (02), 269–294.
- Ely, J.H. (1972-1973). “The wages of crying wolf: a comment on *Roe v. Wade*”. *Yale Law Journal*, 82, (1), 920-949.
- Ely, J.H. (1978). “Toward a Representation-Reinforcing Mode of Judicial Review”. *Maryland Law Review*. 37 (3), 451-487.

- Ely, J.H. (1980). *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Harvard University Press.
- Fledman, D. (1992). "Public Interest Litigation and Constitutional Theory in Comparative Perspective". *The Modern Law Review*, 55, (1), 44-72.
- Ferrajoli, L. (2010). *Democracia y garantismo*. Editorial Trotta, 2.ª Edición, Madrid.
- (2010). *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Editorial Trotta, 7.ª Edición.
- Ferreres Comella, V. (2007). *Justicia Constitucional y Democracia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2.ª ed.
- Ferreres Comella, V. (2011). *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*. Marcial Pons.
- Fiss, O. (2007). *El derecho como razón pública*. Marcial Pons.
- Gargarella, R., Domingo, P., Roux, T. (2006). *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?* Ashgate Publishing.
- Garzón, Valdés, E. (2011). *Propuestas*. Editorial Trotta.
- Gloppen, S. (2009). "Public Interest Litigation, Social Rights and Social Policy". En: DANI, ANIS y HAAN, ARJAN DE. *Inclusive States. Social Policy and Structural Inequalities*. The World Bank.
- Griffith, J. (1997). "Public Interest Litigation and JR". *Judicial Review*, 2, 195-203.
- Holladay, Z. (2012). "Public Interest Litigation in India as a Paradigm for Developing Nations". *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 19, (2), 555-573.
- Kramer, L. (2004). *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Oxford University Press.
- Martí, J. L. (2014). "Is Constitutional Rigidity the Problem? Democratic Legitimacy and the Last Word". *Ratio Juris*, 27, (4), 550-558.
- Post, R. y Siegel, R. (2013). *Constitucionalismo democrático*. Siglo Veintiuno.
- Rawls, J. (2010). *Teoría de la justicia*. Fondo de Cultura Económica. 7.ª reimpression.
- Roa Roa, J.E. (2019). "Justicia constitucional, deliberación y democracia en Colombia: Jeremy Waldron reflexivo en Bogotá". *Revista Derecho del Estado*, 44, 57-98.
- Roa Roa, J.E. (2019). *Control de Constitucionalidad Deliberativo. El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador*. Universidad Externado de Colombia.
- Roa Roa, J.E. (2015). *La acción pública de constitucionalidad a debate*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Roa Roa, J.E. (2010). "El derecho a la salud de las mujeres víctimas del conflicto armado. El enfoque psicosocial". *Revista Derecho del Estado*, (24), 259 a 263.
- Spector, H. (2015). "Un sistema democrático de control de constitucionalidad". En: FABRA, JORGE y GARCÍA, LEONARDO (coords.). *Filosofía del Derecho Constitucional. Cuestiones Fundamentales*. UNAM-IIJ, México, 275-289.
- Thayer, J. B. (1893). "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law". *Harvard Law Review*, 7 (3), 129-156.
- Tushnet, M. (2002). "Alternative Forms of Judicial Review". *Michigan Law Review*, 101, 2781-2802.
- Waldron, J. (1999). *The Dignity of legislation*. Cambridge University Press.
- Waldron, J. (2001). *Law and Disagreement*. Oxford University Press.