

JORGE ERNESTO ROA ROA*

La ciudadanía dentro de la sala de máquinas del constitucionalismo transformador latinoamericano**

Citizenship Inside the Engine Room of Transformative Constitutionalism in Latin America

RESUMEN

Este artículo discute las tesis sostenidas por Roberto Gargarella en los libros: *La sala de máquinas de la Constitución* y *La justicia frente al gobierno*. El objetivo común es demostrar que en América Latina existe una especie de constitucionalismo transformador. Esta forma de constitucionalismo se preocupa por hacer realidad los cambios y las promesas sociales que las constituciones hicieron a quienes habitan los países latinoamericanos. Desde el punto de vista del diseño institucional, para el constitucionalismo transformador es importante que los ciudadanos tengan el mayor acceso a los tribunales. Este es un pilar del cambio social por medio del derecho. Por esa razón, en el artículo también se demuestra que mecanismos como la acción pública de constitucionalidad son relevantes cuando se debate sobre los fundamentos democráticos del control de constitucionalidad en América Latina.

PALABRAS CLAVE

Constitucionalismo transformador, ciudadanía, democracia deliberativa, constitucionalismo dialógico, protección estructural.

ABSTRACT

This article discusses the theses proposed by Roberto Gargarella in the books: *The engine room of the Constitution* and *Justice before the government*. The

* Profesor de Derecho Constitucional Comparado de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia). Doctor en Derecho Constitucional por la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona. Contacto: jorgeroaroa@gmail.com ORCID: 0000-0003-1117-2302.

** Recibido el 30 de junio de 2020, aprobado el 13 de diciembre de 2020.

Para citar el artículo: ROA ROA, C. *La ciudadanía dentro de la sala de máquinas del constitucionalismo transformador latinoamericano*. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 49, mayo-agosto de 2021, 35-58.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n49.04>

common purpose is to demonstrate that in Latin America there is a kind of transformative constitutionalism. This form of constitutionalism is concerned with materializing the changes and the social promises that Constitutions made to those who live in Latin American countries. From institutional design point of view, transformative constitutionalism proposes that citizens have broad access to the supreme and constitutional courts. This is a pillar of social change through law. For that reason, the article also argues that mechanisms such as public action on constitutionality are relevant when discussing the democratic foundations of Latin-American judicial review.

KEYWORDS

Transformative constitutionalism, citizenship, deliberative democracy, dialogic constitutionalism, structural judgements.

SUMARIO

Introducción. 1. El constitucionalismo transformador ante la sala de máquinas del constitucionalismo latinoamericano. 1.1. Dos tesis: el impacto deficitario en la sala de máquinas y las incursiones significativas. 1.2. La ineficacia de las promesas constitucionales como consecuencia del bajo impacto en la distribución del poder dentro de la sección orgánica de las constituciones: explicación necesaria pero insuficiente. 1.3. El particularismo de la contradicción interna entre la parte orgánica y las promesas constitucionales como un rasgo característico de las constituciones latinoamericanas. 1.4. El acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad como una incursión significativa en la sala de máquinas del constitucionalismo latinoamericano. 1.5 Las rupturas o incursiones significativas en la sala de máquinas como pilares del constitucionalismo transformador. 2. La justicia frente al Gobierno sin el ciudadano ante la justicia constitucional. 2.1. El conservadurismo elitista, la tradición radical y los modelos intermedios. 2.2. La propuesta de Gargarella para reducir la tensión entre la democracia deliberativa y la justicia constitucional. 2.3. El punto ciego: el ciudadano ante la justicia constitucional. Conclusión. Referencias.

INTRODUCCIÓN¹

El objeto central de este artículo es discutir las tesis sostenidas por Roberto Gargarella en relación con el constitucionalismo latinoamericano². En concreto,

1 Las ideas centrales de este artículo fueron presentadas durante mi conferencia en el seminario “El *ius constitutionale commune* en América Latina y las estructuras del Estado”, realizado durante los días 6 y 7 de diciembre de 2016 en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law de Heidelberg. Agradezco a Armin von Bogdandy, Mariela

se sostendrá que existen manifestaciones del constitucionalismo transformador en América Latina mediante las cuales se ha superado la infra-aplicación de las promesas constitucionales. Además, se demostrará que existen incursiones significativas en la sala de máquinas del constitucionalismo. Estas solo han sido posibles debido a: i) la generosidad de las disposiciones constitucionales, ii) la ampliación del *standing* para acceder a la justicia constitucional (tanto en los procesos de amparo como en los procesos de control abstracto de la constitucionalidad de las leyes), iii) la existencia de un poder judicial fuerte pero deliberativo que reacciona a casos estructurales de vulneración de derechos y iv) un respaldo mutuo entre la justicia constitucional y la justicia interamericana.

Adicionalmente, este artículo analiza la crítica que Gargarella ha formulado al control de constitucionalidad³. En este ámbito, los tres objetivos de este texto son, en primer término, demostrar que esas objeciones han omitido la existencia de diseños institucionales de la justicia constitucional abiertos a la ciudadanía; en segundo lugar, rescatar aspectos de la propuesta de Gargarella que respaldan la idea de abrir las puertas de los tribunales a los ciudadanos como una vía para conectar a la justicia constitucional con sectores minoritarios históricamente discriminados; y, finalmente, sugerir que la acción pública de constitucionalidad es una reforma destacable de la parte orgánica de la Constitución que se pone al servicio de algunas de las generosas promesas establecidas en la parte dogmática del texto constitucional.

Es importante indicar que el propósito de este artículo no es refutar las tesis de Gargarella sino advertir la existencia de algunas omisiones o puntos ciegos de sus planteamientos. Unas y otros pueden ser relevantes para los argumentos y conclusiones que el autor formula respecto de la compatibilidad, funciones y rol de la justicia constitucional en América Latina. Como no podría ser de otra manera, este texto pretende continuar un diálogo inacabado entre un maestro y un discípulo sobre la mejor forma de configurar los arreglos institucionales de las democracias y de los sistemas de justicia en una región marcada por múltiples tragedias democráticas, sociales y humanitarias.

Morales Antoniazzi, Pablo Riberi, Magdalena Correa Henao y Roberto Gargarella por sus comentarios que enriquecieron la pesquisa y me permitieron avanzar hacia la elaboración de este texto. Desde luego, agradezco a Roberto Gargarella por leer y comentar el primer manuscrito, y a Micaela Alterio por animarme a escribir (terminar) este artículo.

2 GARGARELLA, R. *Latin American Constitutionalism 1810-2010. The Engine Room of the Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2013; trad. al castellano: GARGARELLA, R. *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz Editores, 2015.

3 GARGARELLA, R. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. 1.^a reimp. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional - Corte Constitucional del Ecuador para el Periodo de Transición, 2011, 67-77.

El artículo se divide en dos partes. En la primera sección se analizan y plantean objeciones a las tesis sostenidas por Gargarella en *La sala de máquinas de la Constitución*. Por una parte, se enfrenta la idea que afirma la ineficacia de las promesas constitucionales como una consecuencia de la contradicción entre la parte dogmática y la parte orgánica de las constituciones. Por otra parte, se discute la conclusión de que esta contradicción inter-orgánica es un rasgo propio del constitucionalismo latinoamericano. Finalmente, en esa sección se destacan algunas incursiones significativas de la ciudadanía dentro de la sala de máquinas del constitucionalismo transformador en América Latina.

En la segunda sección se afirma que el análisis y las propuestas sobre la legitimidad democrática de la justicia constitucional realizadas en *La justicia frente al gobierno* tienen un punto ciego de diseño institucional. Se trata del mecanismo de acceso directo de los ciudadanos al control abstracto de constitucionalidad que configura cambios significativos en el rol, funcionamiento y legitimidad democrática de la justicia constitucional latinoamericana. El objetivo final es sugerir que el diseño institucional es fundamental cuando se trata de evaluar el estado actual y las perspectivas del constitucionalismo latinoamericano y su potencial para acercar la realidad a las promesas que se les han formulado a quienes habitan la región.

1. EL CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR ANTE LA SALA DE MÁQUINAS DEL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

El objeto central de la primera parte de este artículo es comentar las tesis sostenidas en *La sala de máquinas de la Constitución* en relación con el constitucionalismo latinoamericano y establecer una relación entre esa explicación histórica del constitucionalismo regional y las perspectivas de un constitucionalismo transformador. Para cumplir con ese propósito, esta sección se divide en cinco partes. En la primera, se recupera la propuesta general de Gargarella sobre las causas de la ineficacia de las generosas cláusulas de derechos de las constituciones latinoamericanas y la potencial existencia de algunas *incursiones* excepcionales pero significativas en la sala de máquinas del constitucionalismo regional (sec. 1.1). En la segunda, se mantiene que la tesis sobre el impacto deficitario en la parte orgánica de las constituciones es correcta pero insuficiente para explicar la ineficacia de las promesas constitucionales porque existen otros factores que ocasionan la infra-aplicación general de la Constitución (sec. 1.2).

En tercer lugar, se hace referencia a la idea que señala que la contradicción inter-orgánica es propia del constitucionalismo latinoamericano. Frente a ese particularismo, se sostiene que el déficit de coherencia entre las promesas constitucionales y la forma de distribución del poder no es un fenómeno exclusivamente regional. Esta contradicción obedece a las características

propias de los procesos constituyentes como escenarios de negociación. Dentro de estos se hacen mutuas concesiones y se utiliza la abstracción de las disposiciones constitucionales para reflejar los desacuerdos sobre los derechos, mientras que se utiliza un grado menor de abstracción para la configuración de las estructuras del Estado (sec. 1.3).

Las secciones cuarta y quinta se refieren a las incursiones significativas. Por una parte, el objetivo es alejar la visión que se concentra exclusivamente en los mecanismos de amparo y atraer la atención sobre las vías de acceso directo de la ciudadanía al control de constitucionalidad. Por esa razón, se hace referencia a la acción pública de constitucionalidad como una incursión mucho más potente, adecuada y prometedora que los mecanismos de tutela (sec. 1.4).

Finalmente, se sostiene que la generosidad de las disposiciones constitucionales ha sido una condición necesaria –ciertamente no suficiente– para que las incursiones hayan ocurrido en algunos países de la región. Asimismo, se mantiene que los mayores logros en la protección de los derechos se han generado debido a la ampliación del *standing* para acceder a la justicia constitucional. Además, en este punto se propone que la apertura de las judicaturas ha dado paso a la potencial existencia de un constitucionalismo transformador latinoamericano. Este tiene un componente fuerte a favor del mayor acceso de los ciudadanos y de los sectores sociales tanto a la justicia nacional como internacional. Por esa razón, en este artículo se argumenta que las incursiones significativas que reconoce Gargarella son, al mismo tiempo, uno de los ejes centrales del constitucionalismo transformador regional (sec. 1.5).

1.1. Dos tesis: el impacto deficitario en la sala de máquinas y las incursiones significativas

En *Latin American Constitutionalism (1810-2010)*, Gargarella afirma que el constitucionalismo de América Latina involucra una especie de contradicción interna. Por una parte, los textos constitucionales de la región han incluido en la parte dogmática un catálogo generoso de promesas constitucionales: derechos fundamentales, sociales, colectivos y del medio ambiente, derechos de la naturaleza y de los animales y derechos de las generaciones futuras. Al mismo tiempo, en la parte orgánica, esos mismos textos constitucionales han mantenido un modelo de distribución del poder que no es coherente ni funcional al objetivo de hacer efectivas o convertir en realidad las caras promesas constitucionales⁴.

4 La expresión *promesas constitucionales* no corresponde a la que utiliza el autor, quien tampoco comparte que se denomine de esa manera a los catálogos de derechos de las constituciones latinoamericanas. Agradezco a Roberto Gargarella por su generosidad y paciencia

Lo anterior significa que los arreglos institucionales sobre la organización del poder en los Estados de la región se han mantenido intactos y desconocen las transformaciones estructurales que requiere la materialización de los contenidos de la parte dogmática de las constituciones. Incluso, la distribución del poder diseñada desde la Constitución no solo ha sido un obstáculo para satisfacer esas promesas constitucionales, sino que ha asegurado que los ciudadanos carezcan de mecanismos efectivos para influir en las decisiones o exigir el cumplimiento de estas⁵.

Por esa razón, Gargarella retoma la idea de Arturo Sampay y señala que el constitucionalismo progresista de América Latina no ha ingresado a la *sala de máquinas* de las constituciones para remover los obstáculos que impiden la realización de los derechos constitucionales. El conservadurismo, por su parte, habría comprendido mejor la importancia de la sala de máquinas. Por esa razón, desde sectores conservadores se habrían permitido ciertas concesiones al progresismo a cambio de asegurar que los mecanismos institucionales de poder quedaran diseñados al servicio de propósitos no siempre explícitos en la parte dogmática de las constituciones o contrarios a los que efectivamente fueron incorporados en la Constitución.

Al final de ese diagnóstico, Gargarella señala –sin excesivo entusiasmo– que existen dos experiencias que destacan parcialmente por haberse separado de este esquema, es decir, dos incursiones apenas aceptables en la sala de máquinas de la Constitución⁶. Estas dos incursiones tienen relación con un fenómeno de *revitalización del poder judicial* de la región que tradicionalmente se había mantenido alejado de la ciudadanía, especialmente, por el procedimiento elitista y cerrado de elección de los miembros de los tribunales y por las barreras de acceso a la justicia que debían enfrentar los ciudadanos más desfavorecidos⁷.

Por una parte, Gargarella se refiere a la apertura de la justicia constitucional en Costa Rica mediante el establecimiento de mecanismos de protección de los derechos constitucionales y la creación de la Sala IV o Sala Constitucio-

para ayudarme a comprender adecuadamente su visión sobre la evolución y estado actual del constitucionalismo en América Latina.

5 GARGARELLA, R. *Recuperar el lugar del pueblo en la Constitución*. En GARGARELLA, R. y NIEMBRO ORTEGA, R. (ed.), *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas*. México: UNAM-III, 2016, 15-55.

6 “Ahora bien, lo anterior no debe entenderse, de ningún modo, como sugiriendo la idea de que los casos citados sean la única manera, ni la principal, de concretar el reformismo social a través de la Constitución en nuestro tiempo. Este tipo de reformas, como hemos visto, tienden a mostrar limitaciones cruciales, especialmente cuando la estructura básica del poder político se mantiene intacta, y la organización y composición del Poder Judicial sigue siendo idéntica a la que era, como suele ser el caso”. GARGARELLA. *La sala de máquinas de la Constitución*, cit., 339.

7 GARGARELLA. *Recuperar el lugar del “pueblo”*, cit., 38 y 39.

nal dentro de la Corte Suprema de Justicia de ese país⁸. En segundo lugar, destaca la apertura de la justicia constitucional colombiana, a partir de 1991, mediante la incorporación de la acción de tutela como mecanismo para la protección judicial de los derechos fundamentales. Sobre el instrumento de amparo colombiano afirma que “permite a cualquier persona acceder a la Justicia sin ninguna exigencia formal, sin la necesidad de incurrir en costos económicos, sin el requerimiento de contratar a un abogado, y sin siquiera tener que demostrar que uno tiene interés concreto en el asunto por el que reclama. Es decir: una apertura máxima, difícilmente superable, en términos de acceso al tribunal”⁹.

Las dos incursiones moderadas en la sala de máquinas en Costa Rica y Colombia tienen un denominador común que es la apertura de la justicia constitucional. A lo anterior se suma un respaldo empírico que indica, por una parte, un incremento significativo del número de amparos recibidos por la Corte Suprema de Costa Rica entre 1990 y 2008 y, por otra, el aumento de las decisiones de revisión de tutela proferidas por la Corte Constitucional de Colombia entre 1992 y 2002.

Con base en esta información, Gargarella arriba a la siguiente conclusión que resulta absolutamente relevante para lo que se indicará más adelante en este artículo: el grado de apertura de los tribunales constitucionales a la ciudadanía es un factor que determina directamente otros aspectos de la justicia constitucional, *inter alia*, el grado de cercanía de la judicatura con los ciudadanos, la conducta de los tribunales, los temas que ocupan su agenda y el grado de deferencia que muestran por los demás poderes del Estado. Como el mismo autor indica:

Cambios relativamente menores en el derecho de *standing*, junto con una reducción drástica de las exigencias formales acostumbradas en un proceso judicial, tienden a generar cambios radicales en la relación entre los individuos y el sistema judicial. Tales cambios se traducen, inequívocamente, en un incremento significativo en las cifras de litigiosidad y, asimismo, y de manera notable, en el propio comportamiento de los tribunales. Acosados por una sobrecarga de demandas provenientes de los sectores menos aventajados –que acceden, gracias a cambios como los citados, a la oportunidad de una repuesta judicial– los tribunales tienden a mostrar una apertura mayor a cuestiones vinculadas con derechos

8 “Entre las reformas del caso, destaca la extraordinaria ampliación dispuesta en la legitimidad para actuar ante la Corte, que vino acompañada de la ruptura con el estricto formalismo procesal que había caracterizado a la actuación del tribunal hasta el momento. Asimismo, debe agregarse el hecho de que cualquier persona quedó autorizada a abrir un caso ante la Sala IV, sin necesidad de recurrir a un abogado, sin necesidad de pagar ninguna tasa, sin necesidad de apearse a argumentos y reglas preestablecidas”. GARGARELLA. *La sala de máquinas de la Constitución*, cit., 337.

9 *Ibid.*, 338.

sociales y económicos. En el caso de la Corte colombiana, y contra la práctica de una mayoría de tribunales similares, el nuevo organismo judicial terminó por ocuparse, mayormente, de resolver casos relacionados con derechos sociales¹⁰.

Ahora corresponde examinar si la explicación ofrecida por Gargarella sobre las causas de la ineficacia de los derechos constitucionales son satisfactorias y realizar algunas precisiones sobre los mecanismos de apertura de la justicia constitucional en algunos países de la región. Todo ello permitirá, finalmente, establecer una conexión entre las denominadas incursiones significativas en la sala de máquinas y el constitucionalismo transformador latinoamericano.

1.2. La ineficacia de las promesas constitucionales como consecuencia del bajo impacto en la distribución del poder dentro de la sección orgánica de las constituciones: explicación necesaria pero insuficiente

La explicación de la ineficacia las promesas constitucionales a partir de la contradicción entre la parte dogmática y las estructuras orgánicas es necesaria pero no suficiente para ofrecer una comprensión holística sobre las razones de la infra-aplicación general de las constituciones latinoamericanas. La hipótesis basada exclusivamente en la contradicción inter-orgánica de la Constitución desconoce dos fenómenos que afectan la eficacia de los textos constitucionales de la región: la elusión constitucional (condicionante interno) y las políticas económicas que han predominado a través de organismos multilaterales y tratados bilaterales (condicionantes externos).

En efecto, una de las causas internas de la ineficacia de las promesas constitucionales es la elusión constitucional. Esta ocurre cuando los gobiernos legislan por medio de normas reglamentarias con contenidos más o menos contrarios a las promesas constitucionales. De esa manera, los poderes ejecutivos no solo evitan el escrutinio político por parte de los parlamentos, sino que eluden el control de constitucionalidad que deben ejercer los tribunales supremos o constitucionales. Cuando ocurre esta forma de elusión, el control de constitucionalidad queda a cargo de los tribunales administrativos. Estos últimos, con algunos matices, carecen de las competencias suficientes para realizar un juicio de constitucionalidad adecuado o tienen una tradición muy limitada de revisión de los decretos y reglamentos¹¹.

La elusión constitucional es mucho más acuciante cuando se utiliza para interferir en materias que están reservadas a leyes con procedimientos agravados de aprobación (v.gr., leyes orgánicas o estatutarias) o cuando se utiliza

¹⁰ *Ibid.*, 339.

¹¹ ROA ROA, J. E. *Control de constitucionalidad deliberativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019, 377-380.

para reformar la Constitución. Se trata del fenómeno de la reforma informal de la Constitución, el cual ha sido poco estudiado en la región pero que, sin duda, impacta el grado de eficacia de las promesas constitucionales¹².

Por su parte, el segundo grupo de causas de la ineficacia de las promesas constitucionales tiene relación con aspectos externos. En efecto, la explicación basada exclusivamente en la contradicción interna de las constituciones también desconoce la existencia de condicionantes externos que han impedido la materialización de las promesas constitucionales y, muy especialmente, de las promesas sociales de las constituciones.

Se trata, por ejemplo, de los tratados internacionales suscritos por diferentes países de la región que introducen límites de contenido o modifican la estructura de poder de manera que impiden la eficacia de las promesas constitucionales. Esta causa de la ineficacia de los derechos constitucionales ha sido más influyente que las mismas contradicciones internas de la Constitución. Los tratados de libre comercio, el régimen internacional de las inversiones o los planes del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial han erigido barreras muy fuertes que impiden garantizar, *inter alia*, el acceso a medicamentos a precios razonables, la consulta previa a las comunidades indígenas o el establecimiento de servicios públicos de calidad. De manera que, en América Latina, resulta innegable la influencia externa de instituciones e instrumentos que han consolidado un modelo económico contrario a la realización de los derechos constitucionales. Esta influencia externa condicionó los procesos constituyentes de finales del siglo xx y se refleja en la configuración de muchas de las instituciones (*v.gr.*, bancos centrales) y arreglos incorporados en las constituciones latinoamericanas¹³.

1.3. El particularismo de la contradicción interna entre la parte orgánica y las promesas constitucionales como un rasgo característico de las constituciones latinoamericanas

La contradicción entre las generosas promesas constitucionales y la distribución del poder no es un fenómeno exclusivamente latinoamericano. Se trata de un rasgo global que se presenta como una cuestión de grado en los textos constitucionales. En diferentes países son defraudadas tanto la promesa teórica de que la parte dogmática de la Constitución inspira toda la parte orgánica como la aspiración de que esta se limite a desarrollar las promesas

12 ALBERT, R. *Los métodos de la reforma informal*. En *Latin American Law Review*. N.º 3, 2019, 29-47.

13 Para una explicación de la ineficacia de las cartas de derechos a nivel internacional con base en las estructuras económicas, véase MOYN, S. *Not Enough. Human Rights in an Unequal World*. Cambridge: Belknap Press, 2018, 173-211. Desde luego, para América Latina es muy relevante el análisis que se encuentra en VERSTEEG, M. *Can Rights Combat Economic Inequality?* En *Harvard Law Review*. Vol. 133, 2020, 2017-2060.

de la Constitución. La coherencia interna de la Constitución es un ideal que se debe analizar críticamente porque impide profundizar en los mecanismos para lidiar con el hecho duro de que los desacuerdos sociales también se expresan en contradicciones constitucionales internas¹⁴.

Desde luego, existen constituciones latinoamericanas que han sido destacablemente generosas (v.gr., Ecuador o Bolivia). Por esa razón, en estos sistemas constitucionales la incoherencia inter-orgánica es mucho más patente. De manera que se podría aceptar que en América Latina la incompatibilidad entre las cartas de derechos y la estructura de poder ocurre con un grado mayor en relación con otras partes del mundo. Sin embargo, de allí no se infiere que este sea un fenómeno o rasgo particular del constitucionalismo latinoamericano. Este particularismo nos impide reconocer a otros modelos constitucionales como pares y estudiar la forma como allí han lidiado con esas contradicciones. A partir de ese reconocimiento se podría establecer un diálogo constructivo sobre la base de problemas compartidos.

Una de las razones principales que explican la contradicción interna de las constituciones a nivel global es que los procesos constituyentes son escenarios de negociación (más que de deliberación) en los cuales extrañamente prevalece el consenso o la unanimidad¹⁵. El pluralismo social implica que los procesos constituyentes están mediados por el desacuerdo y la división. Estos disensos son de todo tipo y recaen tanto sobre los principios o fundamentos como sobre aspectos concretos relacionados con una determinada institución o sobre reivindicaciones locales. Desde luego, las posiciones dentro de un proceso constituyente también están mediadas por el grado de certeza sobre la posibilidad de acceder al poder que ostenta cada uno de los grupos políticos que participan dentro de la asamblea constituyente¹⁶.

En cualquiera de los casos, esos dos factores (pluralismo y desacuerdo) conducen a que los procesos de elaboración de las constituciones sean escenarios de negociación en los que los bloqueos se superan por medio de votaciones de mayoría o mediante las mutuas concesiones. De manera que las constituciones son el resultado de esos juegos de fuerzas y de esas mutuas aquiescencias en las que no prevalece la preocupación por elaborar un texto coherente y articulado. La tesis de Gargarella reconoce este hecho. Sin embargo, no le atribuye la importancia central como causa del bajo impacto de la parte dogmática en la sala de máquinas de las constituciones latinoamericanas.

14 WALDRON, J. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2001, 209-282.

15 LERNER, H. *Constituent Assemblies and Political Continuity in Divided Societies*. En ELSTER, J. (ed.). *Constituent Assemblies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, 57-78.

16 GINSBURG, T.; MELTON, J. y ELKINS, Z. *The Endurance of National Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, 65-92.

La gran mutua concesión en América Latina, como Gargarella señala con otras palabras, es que el conservadurismo ha cedido la parte dogmática al progresismo, pero este le ha entregado la parte orgánica al conservadurismo. En efecto, el progresismo confiaba en que se trataba de un arreglo conveniente porque la generosidad y la extensión de las promesas constitucionales le permitirían dar cuenta de sus reivindicaciones. Bajo esa lógica, la construcción de cartas de derechos generosas determinaría el diseño y el funcionamiento de la sala de máquinas. Sin embargo, la proyección o el efecto de irradiación de la parte dogmática sobre la parte orgánica se redujo a una mera expectativa teórica.

Por otra parte, cuando en un escenario de pluralismo y desacuerdos fracasan tanto la negociación como las mutuas concesiones se suele optar por fórmulas abstractas, generales e indeterminadas que dejan todo el espacio a la política legislativa u ordinaria (como la denominaría Ackerman) para la concreción de las promesas constitucionales¹⁷. El uso de la abstracción refleja la imposibilidad de concretar los desacuerdos sobre los derechos que tenemos y su contenido; y ello obliga a usar un lenguaje general y a esperar a que el legislador desarrolle las promesas indeterminadas que establecieron los constituyentes¹⁸.

En relación con este segundo aspecto, el problema regional no ha sido la contradicción interna de las constituciones o la generosidad de las cartas de derechos, sino el bloqueo dentro del eslabón que debía completar el proceso constituyente. En efecto, la política ordinaria latinoamericana aparece afectada por dos fallas generales: las cargas de inercia y los puntos ciegos. Como indica Rosalind Dixon, las cargas de inercia implican que los parlamentos no responden al desarrollo de las promesas constitucionales, sino que actúan determinados por otro tipo de factores¹⁹. Además, en muchos países de la región, los parlamentos han demostrado sufrir cargas de inercia en relación con el desarrollo de los derechos sociales, la aprobación de leyes para descentralizar el poder o los cambios necesarios dentro del sistema judicial o electoral.

Asimismo, los puntos ciegos señalan la crisis del sistema de representación, que se profundiza con las deficiencias epistémicas del legislador. Muchos de esos déficits están conectados con el sistema electoral, pero otros tienen relación con el propio funcionamiento de nuestras democracias parlamentarias. El escenario actual del sistema político latinoamericano es la absoluta

17 ACKERMAN, B. *We the People. Foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, 31.

18 WALDRON, J. *Law and Disagreement*, cit., 147-208.

19 DIXON, R. *Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-form Versus Weak-form Judicial Review Revisited*. En *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 5, n.º 3, 2007, 391-418.

incapacidad para satisfacer el principio de representación en sociedades con grados exacerbados de pluralismo.

Además de esos dos factores, también existe corrupción y cooptación de los parlamentos por parte de los poderes privados y por parte del gobierno. De nuevo, la promesa de que el Parlamento iba a desarrollar las abstractas y generales garantías constitucionales ha sido frustrada. Por el contrario, las instituciones de la parte orgánica han sido construidas con un lenguaje más preciso que facilita su funcionamiento sin desarrollo legislativo o que incorpora órdenes concretas para configurar las estructuras del Estado. Por eso, las cargas de inercia o los puntos ciegos no causan colapso dentro del mecanismo de arreglo institucional del poder.

Desde luego, frente a las cargas de inercia, los puntos ciegos, la corrupción y la cooptación de los parlamentos, la reacción debería ocurrir en otros niveles. Sin embargo, en estos tampoco concurren las condiciones para la defensa de las promesas constitucionales. Por ejemplo, existe un movimiento social débil y fragmentado que cede el paso a los gremios y a las organizaciones empresariales de élite que ocupan el espacio de la sociedad civil. Incluso, dentro de las organizaciones de la sociedad civil solo tienen una voz fuerte aquellas que aparecen con un sólido respaldo económico.

En conclusión, la tesis de la sala de máquinas explica bien un parámetro de conducta histórico y la forma como hemos llegado a las constituciones contemporáneas que incorporan esa contradicción inter-orgánica. Pero esta visión no explica satisfactoriamente el hecho de que las promesas constitucionales sean infra-aplicadas o tengan una baja eficacia²⁰.

El panorama, entonces, es el siguiente: contradicciones constitucionales inter-orgánicas e intra-orgánicas; promesas constitucionales abstractas e indeterminadas; falta de concreción legislativa de esos derechos por cargas de inercia, puntos ciegos o cooptación, y crisis profunda del sistema de representación. En medio de ese diagnóstico, la propuesta del constitucionalismo transformador es que los jueces intervengan para avanzar –dentro de sus competencias y con todas sus limitaciones– en un proyecto que acerque la vida diaria de las personas al mundo que les ha sido prometido en sus constituciones. Eso solo es posible mediante las incursiones significativas de la ciudadanía dentro de la sala de máquinas del constitucionalismo transformador latinoamericano.

20 SAGER, L. *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*. A. Torres y V. Ferreres Comella (trad.). Barcelona: Marcial Pons, 2007, 109-140.

1.4. El acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad como una incursión significativa en la sala de máquinas del constitucionalismo latinoamericano

Como ya se ha indicado, Gargarella analizó las prácticas constitucionales de los mecanismos de amparo en Costa Rica y de tutela en Colombia. Su tesis es que estos son dos buenos ejemplos de configuración de la sala de máquinas de la Constitución a favor de las promesas constitucionales porque “tales reformas [...] pueden servir para ilustrar una forma tan sigilosa como modesta (aunque nada irrelevante) de ingreso a la sala de máquinas del constitucionalismo”²¹. Según su visión, ambas constituyen “reformas sigilosas, localizadas y bien dirigidas que dan cuenta de la importancia, y de la posibilidad efectiva, de llevar a cabo modificaciones de peso en la sala de máquinas de la Constitución”²².

Sin embargo, en relación con el sistema constitucional colombiano, la anterior inferencia merece una precisión y un comentario. En primer lugar, tanto la descripción de la apertura de la justicia constitucional en Colombia como el análisis de las cifras relacionadas con las decisiones de la Corte Constitucional de ese país sugieren que Gargarella entiende que, mediante la acción de tutela, las personas pueden acceder directamente a la Corte Constitucional de Colombia.

No obstante, a diferencia del procedimiento de amparo de Costa Rica, la acción de tutela en Colombia no es un mecanismo de acceso directo a la Corte Constitucional. El tribunal constitucional colombiano solamente tiene la función de revisar discrecional y excepcionalmente las decisiones de tutela que han proferido los demás jueces del país. En ningún caso un ciudadano puede acudir directamente al tribunal constitucional por la vía de la acción de tutela. El sistema colombiano de unificación de la jurisprudencia en materia de derechos fundamentales opera mediante el envío automático de todas las decisiones definitivas de tutela a la Corte Constitucional para que esta revise solo algunas de esas sentencias, con base en un catálogo muy discutible de criterios de selección. El ciudadano tampoco participa directamente en el proceso de selección.

En consecuencia, la precisión al análisis de Gargarella consiste en que el autor pone el acento sobre un nivel de apertura de la Corte Constitucional de Colombia que en realidad no existe. Esa precisión permite afirmar que el análisis de Gargarella incorpora una paradoja, porque el autor se concentra en destacar la apertura de la justicia constitucional colombiana en un ámbito en el que tal apertura es dudosa, mientras que deja de lado un elemento

21 GARGARELLA. *La sala de máquinas de la Constitución*, cit., 336.

22 *Ibid.*, 339.

esencial del diseño institucional de la sala de máquinas de la Constitución colombiana que representa verdadera y efectivamente una de las mayores aperturas posibles a la justicia constitucional mediante la acción pública de constitucionalidad.

En este sentido, la acción pública de constitucionalidad puede significar una ruptura significativa del modelo de constitucionalismo latinoamericano dibujado por Gargarella. En efecto, la apertura de los tribunales constitucionales a la ciudadanía ha servido, precisamente, para que los ciudadanos ingresen y operen dentro de la sala de máquinas de la Constitución²³. Ese fenómeno se ha producido como consecuencia de la conjunción entre la presencia de un catálogo de derechos amplio y generoso y la existencia de mecanismos institucionales para hacerlos efectivos mediante la intervención judicial en sede de tutela y el control abstracto de constitucionalidad de las leyes. La existencia de una sala de máquinas idónea no es suficiente si no existe un conjunto de promesas constitucionales, y esta requiere, como señala Gargarella, una organización del poder dirigida a materializarlas.

La acción pública de constitucionalidad existía en Colombia mucho antes de la Constitución de 1991. De manera que, durante todo el siglo xx, en Colombia ocurrió un fenómeno opuesto al que describe Gargarella, porque existió un mecanismo dentro de la sala de máquinas de fácil acceso para que los ciudadanos solicitaran la protección de sus derechos, pero no había un catálogo generoso de promesas constitucionales. De manera que, en la práctica, la acción pública de constitucionalidad solo era ejercida por grupos económicos, políticos o sociales muy poderosos con intereses exclusivamente privados²⁴.

Por esa razón, a partir de la Constitución de 1991 se conjugó el catálogo generoso de derechos con la acción pública de constitucionalidad. Este proceso transformó un sistema en el cual la Constitución contaba con una sólida garantía, pero su parte dogmática no tenía ninguna relación con la vida de los ciudadanos, con sus necesidades, aspiraciones y proyectos de vida. La nueva Constitución significó la asunción de un texto constitucional que sobresale mundialmente por su plenitud, generosidad, actualidad y, muy especialmente, por su conexión con la vida diaria de los colombianos.

Además, la acción pública de constitucionalidad logró que los temas sociales ocuparan una buena parte de la agenda de la Corte Constitucional. En ese ámbito, destaca el control de constitucionalidad de las leyes con contenido económico que impuso la garantía de los derechos sociales frente a la pasividad del legislador²⁵. El mecanismo de acceso directo al control de

23 ROA ROA. *Control de constitucionalidad deliberativo*, cit., 336-377.

24 CEPEDA ESPINOSA, M. J. *Polémicas constitucionales*. Bogotá: Legis, 2007, 31.

25 UPRIMNY, R. *The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates*. En GARGARELLA, R.; DOMINGO, P. y ROUX, T., *Courts and Social Transformation*

constitucionalidad se sumó al alto nivel de sensibilidad de los jueces por la materialización de las promesas sociales de la Constitución en un contexto de amplia desigualdad. De manera que ha sido por la vía de la acción pública de constitucionalidad, y no solo por el mecanismo de tutela, que en Colombia “la apertura de la puerta de los tribunales a la población tendió a traducirse, de modo inmediato, en un aumento extraordinario del litigio social, y en una serie de decisiones también inéditas en la materia –con jueces participando activamente en la puesta en marcha de los derechos sociales que antes se negaban a reconocer siquiera”²⁶.

Ese tipo de prácticas judiciales se suman a muchas otras (v.gr., sentencias estructurales, audiencias públicas, mecanismos de seguimiento, visita a comunidades, estado de cosas inconstitucional) que abren paso a la existencia de un constitucionalismo transformador. Como se indicará en la siguiente sección, las incursiones significativas de la visión de Gargarella son un pilar fundamental del constitucionalismo transformador latinoamericano.

1.5. Las rupturas o incursiones significativas en la sala de máquinas como pilares del constitucionalismo transformador

El punto de partida del constitucionalismo transformador en relación con la visión más moderada que fue expuesta en la sala de máquinas es que la generosidad de las cartas de derechos no ha caído completamente en el vacío. Por el contrario, esta ha funcionado como un impulso necesario (ciertamente no suficiente) para poner en movimiento las estructuras del Estado. Desde luego, el ideal es un constitucionalismo generoso en derechos y con estructuras orgánicas plenamente coherentes y al servicio de las promesas constitucionales. A lo anterior se podría agregar la existencia de parlamentos independientes, proactivos y con una clara ventaja epistémica. Para finalizar, se podría pensar en un movimiento social robusto y en un poder judicial acotado pero vigilante. Esta es la promesa incumplida del constitucionalismo y de la democracia en la mayor parte del mundo.

Desde la perspectiva del constitucionalismo transformador, la generosidad moderada y bien administrada de los derechos es una condición necesaria para cualquier impacto en la sala de máquinas de distribución del poder. Se trata de una condición irrenunciable gracias a la cual, en los últimos años, han ocurrido incursiones moderadas y relevantes en la sala de máquinas. Desde luego, el constitucionalismo transformador tampoco renuncia a las pretensiones de construir estructuras compatibles y de eliminar las barreras

in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor? England: Ashgate Publishing, 2006, 135-137.

26 GARGARELLA. *Recuperar el lugar del “pueblo”*, cit., 42.

que impiden la garantía efectiva de las promesas constitucionales. Este objetivo es central en una visión transformadora del derecho²⁷.

Bajo esa perspectiva, el constitucionalismo transformador pone el énfasis en la forma como la ciudadanía ha irrumpido dentro de la sala de máquinas de la Constitución por medio de la apertura de la justicia constitucional²⁸. Aquí hay un punto de encuentro, porque Gargarella también reconoce ciertas incursiones significativas en la sala de máquinas de países como Costa Rica o Colombia. En su criterio, estas han significado una transformación modesta pero bien localizada de las estructuras de poder para ponerlas al servicio de las promesas constitucionales. Su conclusión es que la amplitud del *standing* para acceder a la justicia es una incursión significativa en la sala de máquinas que se produce al abrir las puertas de los tribunales a la ciudadanía.

Para el constitucionalismo transformador también es fundamental el mayor acceso de la ciudadanía a la justicia doméstica e internacional. Se podría afirmar que uno de los elementos centrales del constitucionalismo transformador es la ampliación del acceso para los movimientos sociales y para los ciudadanos a una justicia constitucional e internacional fuerte, dialógica e independiente. Por esa razón, en el ámbito interamericano, el constitucionalismo transformador destaca las sesiones itinerantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las audiencias públicas y apuesta por un tribunal interamericano permanente que pueda atender las demandas de justicia de toda la región. Asimismo, en el ámbito interno, el constitucionalismo transformador se compromete con modelos de justicia que sean abiertos para los ciudadanos, de manera que se puedan implementar los estándares internacionales sobre derechos humanos por parte de los tribunales nacionales. De allí que sean fundamentales tanto el recurso de amparo como la acción pública de constitucionalidad.

De lo anterior se infiere que la ampliación del *standing* para acceder a los tribunales es el punto de conexión entre las incursiones significativas formuladas por Gargarella en la sala de máquinas y la idea de un constitucionalismo transformador en América Latina. En este punto, lo que Gargarella denomina incursiones significativas coincide con uno de los rasgos esenciales del constitucionalismo transformador. En ambos casos, se entiende que los cambios en el *standing* no son solamente arreglos procesales o de legitimación activa. Por el contrario, como indica Owen Fiss, el diseño del *standing* incide en la

27 BOGDANDY, A. v. y MORALES ANTONIAZZI, M. *et al.* *Ius constitutionale commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador*. En BOGDANDY, A. v.; MORALES ANTONIAZZI, M. y FERRER MAC-GREGOR, E. (ed.), *Ius constitutionale commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016, 17-51.

28 ROA ROA, J. E. *El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano*. Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law Research Paper, n.º 2020-11, Heidelberg, mayo de 2020.

agenda de los tribunales, en la relación de la justicia con los ciudadanos, y puede influir en la actitud de los jueces frente a los problemas sociales²⁹. En efecto, el acceso amplio de los ciudadanos a los tribunales aproxima la judicatura a los problemas cotidianos de las personas, permite el control cívico de la agenda judicial y conecta las instituciones orgánicas con las promesas constitucionales. Esta es una premisa que podría ser compartida tanto por Gargarella como por el constitucionalismo transformador.

La diferencia, desde luego, se encuentra en los detalles. Mientras que para Gargarella esta es solo una incursión moderada, para el constitucionalismo transformador se trata de un pilar fundamental. Lo que la sala de máquinas asume como una excepción que se aparta del normal funcionamiento del constitucionalismo latinoamericano, para el constitucionalismo transformador es, al mismo tiempo, la perspectiva correcta que permite avanzar cambios sociales por medio del derecho. La diferencia ocurre en el plano de la valoración de cada una de las incursiones.

Ahora bien, tanto la visión de la sala de máquinas como la del constitucionalismo transformador coinciden en destacar a la ampliación del *standing* como un elemento esencial que ha permitido verdaderos cambios en el constitucionalismo de la región y, aún más importante, en la vida de quienes la habitan. De allí que también sea necesario tomar en cuenta este diseño de la justicia constitucional cuando se hace referencia a su legitimidad democrática. Como se indicará en la siguiente parte de este artículo, es importante reconocer que la relación de compatibilidad de la justicia constitucional con la democracia cambia de modo radical cuando el ciudadano es el primer eslabón del juicio de contraste entre las leyes y la Constitución.

2. LA JUSTICIA FRENTE AL GOBIERNO SIN EL CIUDADANO ANTE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

En *La justicia frente al gobierno*, Gargarella defiende que los sistemas de control de constitucionalidad pueden obedecer a dos tipos de paradigmas opuestos entre sí: el conservadurismo elitista y la tradición radical. Cada una de estas tradiciones tiene una posición diferente sobre: i) la manera como se deben resolver los desacuerdos dentro de la sociedad, ii) un concepto de imparcialidad y iii) una idea frente al control de constitucionalidad.

2.1. *El conservadurismo elitista, la tradición radical y los modelos intermedios*

En primer lugar, el conservadurismo elitista se denomina de esta manera porque parte de la idea de que los desacuerdos dentro de la sociedad pueden ser

29 Fiss, O. *The Forms of Justice*. En *Harvard Law Review*. Vol. 93, n.º 1, 1979, 1-58.

resueltos sin tener en cuenta la opinión de los interesados o afectados por ese desacuerdo. En consecuencia, el ámbito de decisión se traslada a una minoría de especialistas que pierde todo tipo de contacto con la ciudadanía. En este esquema, la imparcialidad se garantiza precisamente mediante la distancia entre el órgano que resuelve los desacuerdos y las opiniones de los ciudadanos.

En relación con el *judicial review*, el modelo de control de constitucionalidad propuesto por Hamilton y Marshall en Estados Unidos reflejaría esta primera tradición. Este diseño convierte al tribunal supremo en esa institución especializada, alejada de la ciudadanía y experta en proteger la Constitución de las pasiones ciudadanas expresadas en las leyes³⁰.

En segundo lugar, la tradición radical contestaría a cada uno de los elementos del conservadurismo. Por una parte, afirmarí­a la necesidad de establecer procedimientos ampliamente participativos de decisión y un concepto de imparcialidad relacionado con la posibilidad de obtener una síntesis o acuerdo razonable después de haber escuchado los argumentos de todos los interesados.

La tradición radical defiende la preeminencia de las decisiones legislativas sobre cualquier tipo de control externo, de manera que “los jueces no tendrían derecho a contradecir o reemplazar a los órganos políticos del sistema en la resolución de tales casos”³¹. Bajo este esquema, el control de constitucionalidad se asigna a los propios parlamentos o a otro tipo de órganos representativos y directamente conectados con la ciudadanía.

Entre estos dos modelos opuestos entre sí, el autor reconoce que hay unas fórmulas intermedias que pretendieron moderar la influencia radical mediante la aceptación del control judicial de constitucionalidad y mitigar el conservadurismo a través de mecanismos para crear puntos de conexión entre los tribunales y los ciudadanos. Entre otros, el autor menciona como ejemplos de diseños institucionales intermedios al juicio por jurados, la intervención de los grupos de presión en el proceso judicial, los escritos de *amicus curiae* o la elección popular de los miembros del tribunal. La idea de estas opciones institucionales es que los ciudadanos con menor representación en la definición de los desacuerdos accedan a los tribunales con una probabilidad aceptable de que sus reclamos sean atendidos por la judicatura³².

2.2. La propuesta de Gargarella para reducir la tensión entre la democracia deliberativa y la justicia constitucional

Ni los modelos extremos, ni las fórmulas intermedias son satisfactorias para Gargarella. Por esa razón, el autor hace una propuesta en el marco de la de-

30 GARGARELLA. *La justicia frente al gobierno*, cit., 67-77.

31 *Ibid.*, 108.

32 *Ibid.*, 125-133.

mocracia deliberativa. Esa idea también reacciona a los dos modelos opuestos y a los sistemas intermedios. En relación con el elitismo, la tesis del autor reivindica el principio de igual dignidad política. En relación con la tradición radical, Gargarella señala que su propuesta es *genuinamente* radical porque se centra en la participación efectiva de los interesados en el desacuerdo.

Bajo su idea, la imparcialidad de la decisión que resuelve un desacuerdo social aparece garantizada por la creación de mecanismos institucionales que aseguran la participación de quienes son tradicionalmente excluidos del proceso de decisión en virtud de su debilidad política, social o económica. En ese marco, las decisiones finales “no resultan sesgadas indebidamente en beneficio de alguna persona o grupo, sino que tratan a todos con igual consideración”³³.

De acuerdo con lo anterior, en materia de control de constitucionalidad, Gargarella plantea algunas modificaciones para aumentar el grado de soportabilidad democrática del *judicial review*. Por una parte, sugiere que los tribunales constitucionales pierdan la última palabra sobre la constitucionalidad de las leyes. Para ese propósito, propone adoptar el mecanismo de reenvío que habilita la intervención de los tribunales para advertir al legislador que ha cometido un error al aprobar una ley que entra en colisión con la Constitución. Esa intervención obligaría al legislador a deliberar nuevamente y a decidir, definitivamente, si modifica o no esa ley³⁴.

Se trata de un sistema muy parecido al de las declaraciones de incompatibilidad que se implementó en el Reino Unido a partir de la entrada en vigor de la *Human Rights Act*³⁵. La razón por la cual el Parlamento se queda con la última palabra y los jueces están obligados a aceptar la decisión legislativa final está directamente conectada con las mayores credenciales democráticas del órgano legislativo frente al poder judicial.

La segunda propuesta se dirige a garantizar la mejor protección de las minorías dentro del proceso de control de constitucionalidad. En ese ámbito, Gargarella invita a imaginar la posibilidad de que, en los casos relacionados con los derechos de las minorías, los tribunales trasladen la decisión a otro cuerpo colegiado especializado en la protección de los derechos de las minorías o, al menos, que los tribunales soliciten *amicus curiae* de este tipo de instituciones y de otras que representen a la minoría involucrada³⁶.

33 *Ibid.*, 178.

34 *Ibid.*, 193-196.

35 Sobre el impacto de la *Human Rights Act* en ámbitos como el derecho de propiedad, la protección de los derechos sociales, el proceso penal, la idea clásica de soberanía parlamentaria o el derecho privado, se pueden consultar, entre muchos otros, BELLAMY, R. *Political Constitutionalism*, cit., 86-111; Kavanagh, A. *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009; YOUNG, A. *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act*. Oxford: Hart Publishing, 2009, 95-159.

36 GARGARELLA. *La justicia frente al gobierno*, cit., 205.

2.3. *El punto ciego: el ciudadano ante la justicia constitucional*

Como se puede inferir, tanto en los modelos intermedios como en su propia propuesta, Gargarella omite cualquier referencia a los sistemas de *judicial review* que incorporan el acceso directo de los ciudadanos a los tribunales. Esta omisión es relevante porque esos diseños institucionales son paradigmáticos como mecanismos para acercar a los jueces con la ciudadanía sin que necesariamente lleven anejos los problemas propios de los sistemas derivados del elitismo conservador, el populismo o los esquemas intermedios.

Por esa razón, el propósito de este artículo es atraer la atención sobre el mecanismo de acceso directo al control de constitucionalidad que se implementó en Colombia desde principios del siglo xx. En relación con el trabajo de Gargarella, el contexto colombiano involucra tres aspectos que marcan una diferencia esencial con el constitucionalismo norteamericano en el que se basa *la justicia frente al gobierno*.

Por una parte, a diferencia de la Constitución de Estados Unidos, en Colombia existen varias disposiciones constitucionales que expresamente atribuyen a la Corte Constitucional la competencia para realizar el control de la constitucionalidad de las leyes. Además, se estableció el derecho político de los ciudadanos a demandar los actos normativos proferidos por el legislador cuando la ciudadanía considera que el resultado del proceso legislativo es contrario a los valores públicos de la Constitución.

En segundo lugar, el constituyente colombiano sí satisfizo la premisa representativa de la que careció el constituyente norteamericano de 1787. En efecto, en el año 1991 no existía ninguna exclusión formal del sistema político colombiano porque ya se había establecido el voto universal, se aseguró el mayor grado de participación de los grupos indígenas, las comunidades minoritarias y los grupos armados desmovilizados. Tan solo las guerrillas (Farc y Eln) y los grupos paramilitares fueron excluidos del pacto constituyente de 1991. Como el propio Gargarella ha reconocido recientemente:

... la Constitución colombiana fue el producto de un extendido y heterogéneo grupo de representantes (y que incluyó figuras de la derecha política junto con ex guerrilleros del grupo M-19, indígenas y minorías religiosas), que trabajaron en conjunto durante seis meses. Se trataría, según muchos, de la primera Constitución producto de un consenso genuino, y no la mera creación del grupo vencedor de ocasión³⁷.

En tercer lugar, la idea de imparcialidad de la judicatura que se encuentra detrás del sistema colombiano de control de constitucionalidad rechaza las

37 GARGARELLA. *La sala de máquinas de la Constitución*, cit., 337.

bases del pensamiento conservador y del elitismo epistemológico³⁸. En efecto, bajo un esquema de acceso directo de las personas al control de constitucionalidad, la imparcialidad se basa en la conexión directa entre el juez y las diferentes posiciones dentro de la sociedad. Se trata de una especie de pluralismo epistemológico que se encuentra en el centro de la democracia deliberativa y no en contra de esta. El eje central de esa visión es la existencia de una Corte Constitucional cuyos jueces están conectados institucionalmente con los debates públicos mediante el sistema de acceso de los ciudadanos al control de constitucionalidad.

En ese sentido, un mecanismo como la acción pública de constitucionalidad constituye un buen diseño para fortalecer la imparcialidad de las decisiones porque impide que el tribunal constitucional se erija en una institución conformada por un grupo de élite alejado de las necesidades, intereses y opiniones de la ciudadanía. La acción pública de constitucionalidad contribuye a aumentar el nivel en el que los debates constitucionales forman parte de la reflexión pública colectiva y conecta las deliberaciones extrajudiciales con la discusión que ocurre dentro del tribunal³⁹.

Del mismo modo, no resulta improbable que el modelo de acceso directo al control de constitucionalidad tenga un potencial significativo para superar algunos de los más agudos problemas de fundamentación democrática del *judicial review*. Ahora bien, Gargarella podría señalar que ninguno de los argumentos a favor de abrir la puerta de los tribunales a la ciudadanía o de las ventajas democráticas de ese diseño institucional será suficiente para superar “el hecho de que un grupo selecto de individuos siga tomando decisiones fundamentales en el nombre de la mayoría de la población. Esto es, unos cambios como los sugeridos no modifican el carácter propio de la *judicial review*: unos pocos siguen decidiendo acerca de cuestiones constitucionales fundamentales en lugar de la mayoría”⁴⁰.

Quizá Roberto Gargarella tenga la razón. Sin embargo, el objetivo de esta parte del artículo es contribuir a que el debate sobre la legitimidad democrática del control de constitucionalidad sea una reflexión teórica sobre los fundamentos democráticos del *judicial review*, pero también contextual relacionado con el diseño institucional concreto de nuestros sistemas de justicia constitucional. Finalmente, la tesis que aquí se defiende es que omitir la existencia de mecanismos de acceso directo al control de constitucionalidad implica un costo de oportunidad para la discusión sobre la compatibilidad de la revisión judicial de las leyes con el principio democrático y con la democracia deliberativa. Esa omisión impide un intercambio abierto y completo sobre un diseño institucional que, como se ha indicado, puede implicar una

38 GARGARELLA. *La justicia frente al gobierno*, cit., 69.

39 ROA ROA. *Control de constitucionalidad deliberativo*, cit., 311-335.

40 GARGARELLA. *La justicia frente al gobierno*, cit., 136.

incursión de los ciudadanos en la sala de máquinas del constitucionalismo latinoamericano. En definitiva, se trata de una propuesta para continuar el diálogo, de manera que, como diría el gran Roberto, “la seguimos”.

CONCLUSIÓN

Existen tres avances importantes del constitucionalismo latinoamericano en el último medio siglo. El primero estuvo marcado por el reconocimiento de que era necesario indagar por los fundamentos democráticos del control de constitucionalidad. Este no era un debate exclusivamente norteamericano o europeo, ni una cuestión superada en la región. Por el contrario, se trataba de un área de la cual se debían ocupar con rigor y seriedad las reflexiones filosóficas, políticas y constitucionales de América Latina. Detrás de ese gran avance se encuentra *la justicia frente al gobierno*.

El segundo gran paso ocurrió con la formación de una identidad constitucional común del constitucionalismo latinoamericano. Esta se basó en una lectura histórica de la dialéctica de los procesos constituyentes y de sus resultados en cartas de derechos que usaron la estrategia de la agregación y descuidaron la configuración del poder. Este último no solo apareció desconectado de las abultadas promesas de las constituciones sino que, en buena medida, se ha encargado hasta nuestros días de evitar que estas se materialicen. Sin duda, aquí la pieza clave ha sido *la sala de máquinas*.

El tercer avance (aún en progreso) se centra en una propuesta teórica y de diseño institucional que demuestre la compatibilidad de la justicia constitucional con la democracia en América Latina. Se trata de una construcción que conoce, valora y comprende las preocupaciones del Norte Global en este ámbito, pero que se aproxima con cautela a las conclusiones que allí se infieren. Al mismo tiempo, se ubica en el centro del debate la angustia por aproximar la realidad a las promesas de la Constitución y se enfatiza en el potencial transformador del derecho. Dentro de este, se resalta el rol transformador de todos los poderes del Estado y, muy especialmente, de la justicia constitucional.

En el marco de esa tercera fase, este artículo señala que el diseño de la justicia constitucional que incorpora el acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad tiene una serie de virtudes democráticas y deliberativas que contribuyen a la soportabilidad democrática del *judicial review*⁴¹. Este arreglo institucional de la judicatura puede ser una pieza clave de una teoría de la justicia constitucional en el marco del constitucionalismo latinoamericano. Se trata de un diseño institucional que promueve la protección judicial de los derechos mediante la discusión democrática dentro y

41 IGLESIAS VILA, M. *¿Cómo piensa los derechos la sala de máquinas de la Constitución?* En *Revista Latinoamericana de Filosofía Política*. Vol. v, n.º 3, 2016, 18 y 19.

fuera de los tribunales⁴². Un esquema en el cual, en contra de lo que se puede intuir, se generan procesos de movilización social y de organización política porque cada uno de los individuos puede ser el promotor de un ataque de constitucionalidad de las leyes. El contexto político y social de América Latina impone, como señala Grimm, que “la elección se haga entre diferentes tipos de democracia y no entre la democracia y el control de constitucionalidad⁴³”.

Además, esta configuración del diseño institucional de la justicia constitucional puede ser un entorno favorable para el desarrollo de una especie de constitucionalismo transformador. Esta última visión del constitucionalismo se preocupa por lograr cambios sociales a través del derecho y rechaza una visión excesivamente pesimista en relación con el rol de los tribunales dentro del cambio social. El objetivo final es transformar lo que verdaderamente importa, esto es, la vida diaria de quienes sufren la ineficacia de las caras promesas que les han hecho las generosas constituciones.

REFERENCIAS

- ACKERMAN, B. *We the People. Foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.
- ALBERT, R. *Los métodos de la reforma informal*. En *Latin American Law Review*, n.º 3, 2019, 29-47.
- BELLAMY, R. *Political Constitutionalism and the Human Rights Act*. En *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 9, n.º 1, 2011, 86-111.
- BOGDANDY, A. v. y MORALES ANTONIAZZI, M. *et al. Ius constitutionale commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador*. En BOGDANDY, A. v.; MORALES ANTONIAZZI, M. y FERRER MAC-GREGOR, E., *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016, 17-51.
- CEPEDA ESPINOSA, M. J. *Polémicas constitucionales*. Bogotá: Legis, 2007.
- DIXON, R. *Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-form Versus Weak-form Judicial Review Revisited*. En *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 5, n.º 3, 2007, 391-418.
- FISS, O. *The Forms of Justice*. En *Harvard Law Review*. Vol. 93, n.º 1, 1979, 1-58.

42 “As we see, the expectation of the new Latin American constitutionalism seems to achieve a strong judicial protection of rights accompanied by strong democratic participation and deliberation. This model is not impossible, but it is difficult. One way to explore this idea is to develop a theory of constitutional justice for Latin America, which involves an exercise of judicial protection of rights that would promote, but not undermine, democratic participation and discussion”. UPRIMNY YEPES, R. *The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges*. En *Texas Law Review*. Vol. 89, 2011, 1608.

43 GRIMM, D. *Constitutional Adjudication and Democracy*. En *Israel Law Review*. Vol. 33, 1999, 201.

- GARGARELLA, R. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. 1.^a reimp. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional - Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de Transición, 2011.
- GARGARELLA, R. *Latin American Constitutionalism 1810-2010. The Engine Room of the Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- GARGARELLA, R. *Recuperar el lugar del “pueblo” en la Constitución*. En GARGARELLA, R. y NIEMBRO ORTEGA, R. (ed.), *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas*. México: UNAM-III, 2016, 15-61.
- GINSBURG, T.; MELTON, J. y ELKINS, Z. *The Endurance of National Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- GRIMM, D. *Constitutional Adjudication and Democracy*. En *Israel Law Review*. Vol. 33, 1999, 193-215.
- IGLESIAS VILA, M. ¿Cómo piensa los derechos la sala de máquinas de la Constitución? En *Revista Latinoamericana de Filosofía Política*. Vol. V, n.º 3, 2016, 1-24.
- KAVANAGH, A. *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- LERNER, H. *Constituent Assemblies and Political Continuity in Divided Societies*. En ELSTER, J. (ed.), *Constituent Assemblies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, 57-78.
- MOYN, S. *Not Enough. Human Rights in an Unequal World*. Cambridge: Belknap Press, 2018.
- ROA ROA, J. E. *Control de constitucionalidad deliberativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.
- ROA ROA, J. E. *El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano*. Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law Research Paper, n.º 2020-11, Heidelberg, mayo de 2020.
- SAGER, LAWRENCE. *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*. A. Torres y V. Ferreres Comella (trad.). Barcelona: Marcial Pons, 2007.
- UPRIMNY YEPES, R. *The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges*. En *Texas Law Review*. Vol. 89, 2011, 1587-1609.
- UPRIMNY YEPES, R. *The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates*. En GARGARELLA, R.; DOMINGO, P. y ROUX, T., *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?* Engañand: Ashgate Publishing, 2006, 127-151.
- VERSTEEG, M. *Can Rights Combat Economic Inequality?* En *Harvard Law Review*. Vol. 133, 2020, 2017-2060.
- WALDRON, J. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- YOUNG, A. *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act*. Oxford: Hart Publishing, 2009.