



## Justicia dialógica interinstitucional: *de lege ferenda* y *de lege lata*

En este artículo quiero analizar cómo promover el diálogo entre las Cortes y las instituciones representativas. Ese cometido está sustentado en la idea de que, en principio, siempre hay algo valioso que se pierde cuando las Cortes imponen –a la sociedad en su conjunto– con carácter final su parecer en cuestiones públicas de gran relevancia, incluso cuando aciertan en sus decisiones. Por eso, voy a asumir que las Cortes –aún cuando el sistema les atribuya la “última palabra”– deberían estar siempre preocupadas por fortalecer el diálogo y la deliberación democrática entre las instituciones estatales. Me interesa abordar el tema desde dos perspectivas: cómo fomentar la justicia dialógica *de lege ferenda* (para una futura reforma de la ley o la constitución), y *de lege lata* (asumiendo la constitución existente, que recepta un modelo robusto de justicia constitucional, según el cual las Cortes Supremas o Constitucionales tienen la última palabra).

### *De lege ferenda*

En otro lugar he examinado con detalle las posibilidades del diálogo democrático interinstitucional en diversos esquemas de control de constitucionalidad de la ley (véase LINARES, 2008B). En esa oportunidad, examiné el esquema canadiense de la cláusula “*notwithstanding*”, las declaraciones de incompatibilidad del sistema del Reino Unido después de la *Human Rights Act* (2000), y el diseño institucional de Israel, que combina una *constitución flexible* con la facultad judicial de declarar inválida una ley. Por razones de espacio aquí no voy a volver a tratar estos diseños institucionales, y sólo diré que todos ellos son congruentes con la idea de asegurar la autoridad final de las Legislaturas. Sin embargo, no todos ellos propician un genuino diálogo interinstitucional, y todos tienen defectos que vale la pena considerar a la hora de optar por uno u otro. El sistema canadiense, según dije, permite que la Legislatura –cuando echa mano de la cláusula “*notwithstanding*”– pueda prescindir de los argumentos de derechos a la hora de imponer sus preferencias, una opción que no se condice con un genuino diálogo<sup>1</sup>. El sistema inglés, por su parte, no obliga al Legislador a responder con argumentos a las declaraciones de incompatibilidad que emiten los jueces frente a casos judiciales concretos. El sistema de Israel, finalmente, obliga al Congreso a “constitucionalizar” cualquier hipotética respuesta a una decisión judicial, lo que tiene el peligro de ir transformando, poco a poco, una constitución de principios en una constitución “de detalle”. Si creemos que es bueno que las constituciones formulen los principios básicos que en materia de derechos

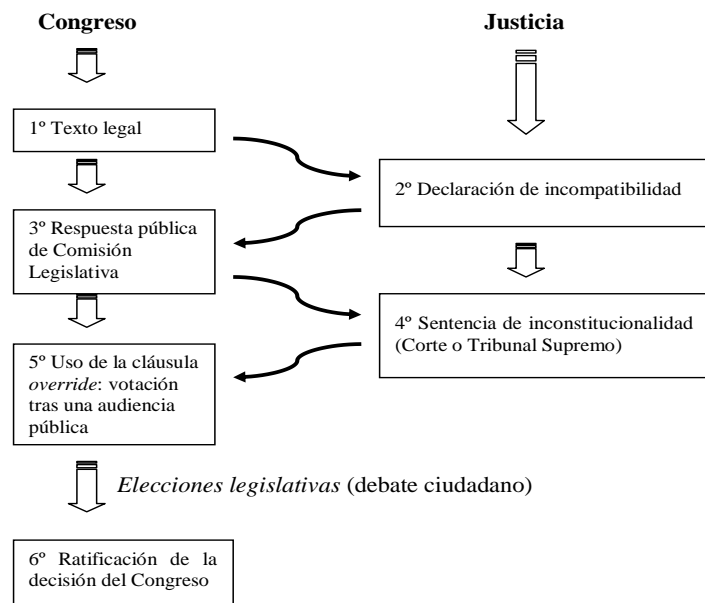
---

<sup>1</sup> No obstante, en la práctica la cláusula “*notwithstanding*” nunca ha sido utilizada por el Congreso federal canadiense. En los hechos lo que suele verse es una suerte de diálogo entre tribunales y Congreso que discurre por otros canales. En efecto, lo normal es que después de una declaración judicial de inconstitucionalidad el Congreso vuelva a insistir aprobando una ley que, aunque no sea idéntica a la declarada inválida, sí reintroduzca algunos puntos. En una segunda lectura judicial, los jueces constitucionales canadienses suelen deferir a la voluntad del Legislador en el intento de conjurar la amenaza de que, en una última movida legislativa, se eche mano de la cláusula “no obstante” (véase WEBBER, 2005).

fundamentales deben gobernar una sociedad, y que las constituciones sirvan como plataforma o guía para la deliberación, deberíamos entonces desconfiar del sistema Israelí.

Creo que, en este terreno, todavía hay espacio para la ingeniería institucional de cara a una futura reforma constitucional. En otro lugar he propuesto un modelo de diseño institucional que, según creo, asegura la autoridad final de las Legislaturas y ofrece posibilidades interesantes para el diálogo entre ramas de gobierno, aún cuando no garantice una genuina deliberación democrática. Mi propuesta delinea un esquema en el cual los jueces inferiores a la Corte Suprema (o Tribunal constitucional) pueden pronunciar únicamente declaraciones de incompatibilidad (respecto de las leyes contemporáneas). En segundo lugar, el esquema autoriza a las Cortes Supremas a declarar la invalidez de una ley o acto normativo, con carácter general. Un sistema como éste permite que las declaraciones de incompatibilidad de los jueces inferiores funcionen como un mecanismo de alerta, que le advertiría al Congreso que si el caso llega al alto tribunal, la decisión política tiene probabilidades de ser vetada. Con este esquema, el Congreso tiene tiempo para ensayar otras políticas alternativas, o comenzar a articular una defensa razonada de la política cuestionada. Además, bajo este sistema el Congreso *tiene incentivos para contestar*, porque sabe que, de no obrar responsablemente el alto tribunal puede terminar vetando la decisión política. Junto a ello, la Corte debería tener recursos a su disposición para mitigar las confrontaciones con el Congreso. En ese sentido, las declaraciones de inconstitucionalidad «con plazo de espera» o efecto retardado (esto es, sentencias que producen efectos invalidatorios después de transcurrido un cierto plazo) parecen sumamente apropiadas. Finalmente, y para salvar la autoridad final de las Legislaturas, cabe pensar que, en el supuesto de que la Corte opte por invalidar la norma con carácter general, el Congreso pueda echar mano de una suerte de cláusula «*override*» para hacer valer su postura. Según creo, la invocación de esa cláusula debería cumplir con ciertos recaudos. Así, cabría estipular la obligación del Congreso de responder públicamente, en una audiencia pública, a todos los argumentos vertidos por la Corte Suprema, incluso a los argumentos basados en derechos. Después de esta audiencia, una vez oídas todas las posturas, el Parlamento podría volver a debatir la cuestión y someterla a votación. Finalmente, cabría estipular que el uso de esta suerte de cláusula *override* tenga efectos temporales, es decir, cabría pensar que la decisión del Congreso que revalida una norma (previamente declarada inconstitucional por la Corte) tenga vigencia hasta la formación de una nueva legislatura electa, que estaría obligada a ratificar la decisión del Congreso anterior. Un sistema como éste, ciertamente, no garantiza en absoluto el surgimiento de un genuino diálogo, pero ofrece incentivos para que la deliberación sea más *probable*, a la par que deposita la última palabra institucional en el Congreso.

Propuesta de justicia constitucional



Fuente: LINARES, 2008B

### *De lege lata*

Existen dos vías para fomentar el diálogo interinstitucional “de lege lata”, es decir, asumiendo una constitución que recepta un modelo robusto de justicia constitucional. La primera es de naturaleza “no dialéctica” (véase Linares, 2008b), y puede emerger bajo el denominado “litigio de reforma estructural” (Fiss, 1979). En el litigio de reforma estructural los jueces tienen poder de agenda política, esto es, tienen capacidad para obligar a las autoridades representativas a que aborden y den solución a ciertos problemas, pero en principio no imponen una decisión singular a las autoridades representativas. Bajo el litigio de reforma estructural las Cortes pueden entablar un diálogo continuado con las autoridades representativas, antes, durante, y después de la decisión que tomen éstas últimas. He argumentado que este canal, ejercido adecuadamente, puede cumplir con las exigencias de un genuino diálogo democrático (Linares, 2008b: 487-488).

La otra vía “de lege lata” para fomentar el diálogo interinstitucional es de naturaleza dialéctica, y consiste en las llamadas “respuestas legislativas” (Ferrerres, 2000). Según una corriente de la teoría constitucional, es jurídicamente válido y constitucionalmente deseable dejar que el legislador actúe de nuevo (responda) aprobando una ley de contenido similar (o incluso idéntico) al que fue declarado inconstitucional (Niembro Ortega, 2012). Esta solución, sin embargo, ha suscitado fuertes críticas. Para algunos autores, la posibilidad de respuestas legislativas a las sentencias de la Corte es inconstitucional, ya que la Corte es la única que tiene la autoridad final en la interpretación de la Carta Magna. Una versión menos rígida considera que la vía es válida pero indeseable porque nos regresa al punto de partida y, en el peor de los casos, puede convertirse en una declaración de guerra entre los legisladores y los jueces constitucionales (Salazar, 2006: 227). La perspectiva más permisiva sostiene que las respuestas legislativas deben verse no

como una acción estratégica manipuladora, sino como una invitación a la reflexión de los jueces constitucionales y el comienzo de un diálogo sobre la mejor interpretación posible (Niembro Ortega, 2012). Es decir, la respuesta que el legislador hace debe cumplir ciertos recaudos, sin los cuales sí cabría la amenaza de una confrontación dialéctica de ida y vuelta entre ramas de gobierno. Uno de esos recaudos sería, por ejemplo, el de elaborar un informe breve sobre los argumentos esgrimidos. El legislador también podría echar mano de las “asambleas de sorteados” (Fishkin, 2009) como un resorte para ganar legitimidad en la respuesta legislativa. Si el panel de ciudadanos sorteados coincide con la opinión de la Asamblea legislativa, la legitimidad democrática de la respuesta legislativa es mayor, y se abren las puertas para un debate más profundo, que involucra también a la sociedad. Esta vía, ejercida adecuadamente, da la oportunidad a los jueces para repensar sus interpretaciones y corregir sus errores exponiéndolos a diferentes voces y, por el otro, a que el pueblo y sus representantes puedan volver a debatir el tema. Como sostiene Niembro Ortega, si se acepta que algunas cláusulas constitucionales tienen varias interpretaciones posibles y que el juez no tiene el monopolio de la racionalidad, lo que corresponde es dejar libre al legislador para que pueda seguir debatiendo con los jueces aun cuando éstos hayan dictado sentencia.

## **Conclusiones**

Las puertas para el diálogo entre la justicia y las autoridades representativas están abiertas, de *lege ferenda* y de *lege lata*. *De lege ferenda*, he argumentado a favor de un nuevo sistema de justicia constitucional, que conceda a las Cortes Supremas la autoridad para declarar la invalidez de las leyes con carácter general, a los jueces inferiores la potestad de emitir declaraciones de incompatibilidad, y finalmente atribuya al Congreso la facultad de responder a las declaratorias generales de inconstitucionalidad con una nueva ley similar o idéntica a la declarada inconstitucional. *De lege lata*, tenemos por un lado el litigio de reforma estructural, que es un canal propicio para el diálogo continuado entre las Cortes y las autoridades representativas. La otra vía abierta, bajo un modelo robusto de justicia constitucional, viene del lado de las “respuestas legislativas”, a través de las cuales el Congreso puede volver a aprobar un texto legal declarado inconstitucional. He argumentado que dicha vía debe reunir ciertos recaudos tendientes a evitar la manipulación estratégica de las ramas de gobierno. He sugerido que un recaudo apropiado puede consistir en consultar a asambleas de ciudadanos sorteados su opinión razonada antes de volver a aprobar la ley que se quiere revalidar. Estos canales, a mi modo de ver, deberían ser ensayados si queremos mantenernos fieles a nuestros compromisos con la deliberación democrática.

## Bibliografía

Alterio, A. M y Niembro Ortega, R. (2011). “La exigibilidad de los derechos sociales desde un modelo deliberativo de justicia constitucional. El caso ‘vacantes’”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 15, enero-junio 2011.

Ferreres, V. (2010). El control de constitucionalidad de la ley: el problema de su legitimidad democrática. En Carbonell, M. y García Jaramillo, L. (2010). *El canon neoconstitucional*. Editorial Trotta, México, pp. 356-381.

--- (2000). Una defensa de la rigidez constitucional. *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*, n.º 23, 2000.

Fishkin, J. (2009). *When the People Speak: Deliberative Democracy and Public Consultation*. Oxford University Press.

Linares, S. (2008a). *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Marcial Pons: Madrid, 2008.

---- (2008b) El diálogo democrático entre las Cortes y las instituciones representativas. *Revista mexicana de sociología*, Año 70, N.º. 3, 2008. Págs. 487- 539.

Niembro Ortega, R. (2012) *Las respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad como forma de diálogo constitucional*. *Revista Española de Derecho constitucional*, núm. 95, mayo-agosto 2012.

Salazar, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, Fondo de Cultura Económica, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006.

Webber, G. (2005): «Dialectic Dialogue under the Canadian Charter», artículo presentado en el Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Québec, Montreal, el 3 de mayo de 2005.