DIÁLOGOS INTERJURISDICIONALES Y CORTES DIALÓGICAS COM A COMUNIDAD: LA REPARACIÓN INTEGRAL ENTRE LOS JUECES LOCALES E INTERAMERICANOS COM LA COOPERACIÓN DE LOS PODERES POLÍTICOS.

DIÁLOGOS INTERJURISDICIONAIS E CORTES DIALÓGICAS COM A COMUNIDADE: A REPARAÇÃO INTEGRAL ENTRE OS JUÍZES LOCAIS E INTERAMERICANOS COM A COOPERAÇÃO DOS PODERES POLÍTICOS.

INTERJUSRISDICCIONALES DIALOGUES AND DIALOGIC COURTS WITH THE COMMUNITY: THE INTEGRAL REPARATION BETWEEN THE LOCAL AND INTER-AMERICAN JUDGES WITH THE COOPERATION OF THE POLITICAL POWERS

Paúl Córdova Vinueza *

RESUMEN

El trabajo es un esfuerzo descriptivo por discutir cuáles serían los componentes de una hoja de ruta hacia la implementación de un esquema de justicia dialógica para la reparación integral de derechos con la intervención de las Cortes locales y la Corte IDH, más la cooperación del Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, y todos estos actores participarían en un diálogo democrático permanente con la ciudadanía para la formulación de las políticas de reparación. La tesis central consiste en afirmar que los derechos, sus formas de ejercicio y protección, necesitan de una deliberación colectiva y extendida entre las autoridades, los jueces estatales e interamericanos y la comunidad para que sus alcances no dependan de monólogos proferidos por minorías selectas como los jueces, ni de los vaticinios de las autoridades políticas de turno que representarían a las grandes mayorías. Así, los desafíos deberán centrarse en los aportes de cada una de estas instancias mencionadas para un intercambio dialógico constitucional que garantice la ejecución de políticas de reparación integral.

Palabras clave: Diálogo multidimensional. Derechos humanos. Jueces locales e interamericanos. Protección y reparación.

* Es Docente de la Universidad Central de Ecuador en Instituto de Posgrados en la Escuela de Derecho. Doctor en Jurisprudencia y Abogado (UCE), Mgs. Internacional de Investigación en Derecho, con mención en Derecho Constitucional (UASB-E), Mgs. en Gestión y Desarrollo Social (UTPL), Especialista Superior en Ciencias Internacionales y Superior en Derechos Humanos (ISP-UCE).

Livro 1.indb 343 05/11/2018 16:15:31

RESUMO

O trabalho é um esforço descritivo para discutir quais seriam os componentes de um caminho para a implementação de um esquema de justiça dialógica para a reparação integral de direitos com a intervenção das Cortes locais e a Corte IDH, mais a cooperação do Poder Executivo e do Poder Legislativo, e todos estes atores participariam em um diálogo democrático permanente com a cidadania para a formulação das políticas de reparação. A tese central consiste em afirmar que os direitos, suas formas de execução e proteção, necessitam de uma deliberação coletiva e estendida entre as autoridades, os juízes estatais e interamericanos e a comunidade para que seus alcances não dependam de monólogos proferidos por minorias seletas como os juízes, nem das previsões das autoridades políticas de turno que representariam as grandes maiorias. Assim, os desafios deverão centrar-se nos aportes de cada uma de estas instâncias mencionadas para um intercâmbio dialógico constitucional que garantisse a execução de políticas de reparação integral.

ABSTRACT

The work is a descriptive effort to discuss what would be the components of a roadmap towards the implementation of a dialogical justice scheme for the integral reparation of rights with the intervention of the local courts and the Inter-American Court, plus the cooperation of the Executive Branch And the Legislative Power, and all these actors would participate in a permanent democratic dialogue with the citizens for the formulation of reparation policies. The central thesis is to affirm that the rights, their forms of exercise and protection, need a collective and extended deliberation between the authorities, the state and inter-American judges and the community so that their scope does not depend on monologues pronounced by select minorities like Judges, nor of the predictions of the political authorities of turn that would represent the great majorities. Thus, the challenges should focus on the contributions of each of these instances mentioned for a constitutional dialogical exchange that guarantees the execution of integral reparation policies.

Keywords: Multidimensional dialogue. Human rights. Local and Interamerican judges. Protection and repair.

1. INTRODUCCIÓN:

Los sistemas jurisdiccionales latinoamericanos contienen escasos instrumentos dialógicos para la formulación de políticas de reparación. El trabajo propone un marco institucional para plantear esquemas deliberativos que promuevan nuevas prácticas constitucionales; y, en esa perspectiva, dimensionar los alcances de un

Livro 1.indb 344 05/11/2018 16:15:31

activismo dialógico en los ámbitos jurisdiccional y litigante hacia la construcción de un control democrático de constitucionalidad y la reparación de los derechos humanos. Para pensar otro tipo de constitucionalismo y sus desafíos, propone una agenda básica de políticas e innovaciones institucionales para los Estados constitucionales de la región.

Varios tribunales en Colombia, la India, Sudáfrica, Canadá y otros países desarrollan procesos de activismo judicial dialógico y suscitan aportes relevantes para tutelar y restaurar derechos. Uno de los grandes legados de estas jurisdicciones para el mundo constitucional es la búsqueda de decisiones deliberativas para superar los procesos monológicos y que contribuyan a redefinir su rol. Este trabajo apunta a señalar que los diseños constitucionales latinoamericanos deben revisar sus modelos institucionales para avanzar hacia esquemas de constitucionalismos dialógicos, donde los problemas sobre los derechos y garantías involucren a las distintas ramas del poder, a los jueces locales e interamericanos y a la ciudadanía para la toma de decisiones en las políticas y medidas de reparación.

Este trabajo discute las tensiones del constitucionalismo democrático, desde sus conflictos y articulaciones conversacionales, para demostrar que la justicia local e interamericana no puede ser un proyecto institucional encerrado en el monopolio excluyente de operadores de justicia, abogados y juristas, sino que es una construcción amplia de la sociedad y desde todos los ámbitos. Esa reflexión es argumentada y desarrollada desde las distintas posiciones del paradigma democrático y jurídico que ha sido objeto del estudio con el fin de recoger sus aportes más relevantes para los sistemas constitucionales contemporáneos.

El objetivo principal del trabajo es examinar las contribuciones sustanciales que propone este movimiento popular de la justicia dialógica para tratar de entender mejor los problemas y retos que enfrentan los jueces locales e interamericanos en su quehacer interpretativo y, también, para destilar desde allí las complejidades en torno a los derechos que permitan dimensionar las condiciones que democraticen su accionar. Para ello, la metodología empleada es descriptiva y normativa. En términos descriptivos, se propone revisar las principales líneas de pensamiento del constitucionalismo dialógico desarrolladas por sus autores. En perspectiva normativa, el trabajo pretende pensar críticamente las tareas jurisdiccionales y el rol de los operadores de justicia para la justicia local e interamericana.

La estructura del artículo será organizada a partir de cuatro momentos argumentativos. El primero aborda los alcances de la relación entre jueces locales e interamericanos. El segundo se refiere a pensar críticamente sus postulados para identificar la viabilidad institucional de las decisiones judiciales y las políticas de reparación. El tercero será el espacio para problematizar la tarea de los jueces y sus transformaciones democráticas. El cuarto estará orientado a identificar las premisas concluyentes provisionales que provoquen mayores debates sobre el tema. Al revisar los temas expuestos, es posible identificar los factores propositivos del quehacer jurisdiccional local e interamericano para repensar el Estado Constitucional en América Latina y sus conflictos presentes.

Livro 1.indb 345 05/11/2018 16:15:31

2 LA INTERACCIÓN DIALÓGICA DE LOS JUECES LOCALES E INTERAMERICANOS CON LA CIUDADANÍA PARA LA REPARACIÓN INTEGRAL

Para interpretar el sentido o el alcance de los derechos, siempre existen diferencias. De ahí que, para resolver estas cuestiones, el paradigma de la justicia dialógica propone innovar las metodologías y los saberes de los operadores de justicia con miras a desarrollar mecanismos conversacionales con las partes en conflicto para concebir la revisión judicial en términos de inclusión y deliberación con la ciudadanía. Entendida así, los alcances y límites de la justicia dialógica pueden explicarse desde el propósito de democratizar los soliloquios de los jueces para superar el excesivo formalismo legal y la tecnocracia judicial por un desempeño deliberativo del juzgador con las personas que puedan sentirse perjudicadas en sus derechos y garantías.

Ciertamente, la argumentación del juez debe partir del derecho de las personas a participar en la discusión sobre los problemas y límites de los derechos iusfundamentales y los operadores deben desarrollar su argumentación mediante la prestación de condiciones que aseguren esa reflexión democrática y un diálogo colectivo y abierto con la ciudadanía.

Lo que pretendería la justicia dialógica es que las cuestiones resolutivas sobre los derechos y sus interpretaciones requieren siempre de discusiones inclusivas y plurales que garanticen respuestas democráticas y, que los jueces sean los encargados de promover, mediar y preparar esas discusiones para que las decisiones jurisdiccionales no se conviertan en órdenes supremas o superiores fulminantes, sino en construcciones dialógicas que surgen de la voluntad conversacional de los juzgadores con los oprimidos o los excluidos en sus derechos. Siendo así, la argumentación deja de ser un diálogo entre élites que realiza el juez con otras voces[2] que no son los directamente involucrados o los posibles perjudicados por la forma de interpretación jurisdiccional de los derechos, sino que se extiende con otros protagonistas para buscar las mayores argumentaciones con distintos participantes en la provisión de las normas constitucionales y convencionales interamericanas.

3 ACTIVISMOS DIALÓGICOS JURISDICCIONALES Y LITIGANTES PARA CONECTAR LAS DECISIONES JUDICIALES A LAS POLÍTICAS DE REPARACIÓN

El estudio del fenómeno de la litigación vinculada con los derechos supone atender factores protagónicos como las fuerzas que lo impulsan, el impacto que ejerce sobre las políticas de reparación y protección de derechos y la asignación de recursos, todo lo cual supone que los procesos jurisdiccionales en las distintas materias requieren enfoques multidisciplinarios y comparativos que combinen el conocimiento del Derecho y los procesos jurídicos con las políticas públicas del

2 Como la doctrina, la jurisprudencia, el derecho comparado, entre otros. Todos estos son elementos relevantes, pero no pueden ser sus voces las únicas protagonistas en la decisión judicial.

Livro 1.indb 346 05/11/2018 16:15:31

ámbito en estudio y los sistemas que las integran[3]. La orientación propuesta por Siri Gloppen es relevante para atender la realidad de los procesos contenciosos en materia de salud en la región como un ejemplo.

La discusión sobre los litigios en derechos y sus impactos suscita un debate de fondo acerca de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales que según varios estudios contemporáneos "desplazó su eje de las sentencias – con la victoria en los tribunales de justicia como criterio de éxito – a considerar, además, su implementación, incluidas las relaciones entre litigación y movilización social en general"[4].

La vinculación entre políticas públicas y litigios judiciales se activa para enfrentar distintos obstáculos históricos para la justiciabilidad de derechos sociales como el uso de garantías jurisdiccionales en defensa de aquellos derechos. Christian Courtis señala un primer obstáculo de tipo ideológico por cuanto se ha concebido estos como programáticos y dirigidos a motivar la acción de los poderes políticos y no a ser aplicados por los jueces. Al respecto, afirma que el Derecho internacional de los derechos humanos y, en especial, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, han contribuido con respuestas para enfrentar esos prejuicios como la previsión de parte del Estado de recursos suficientes, dentro de los que destacan aquellos de carácter judicial o equivalente en los casos de incumplimiento de sus obligaciones por parte del deudor "-que habitualmente, es el Estado, aunque los deudores de derechos sociales también pueden ser sujetos de carácter privado, como en los casos de privatización de ciertos servicios públicos, tales como los de salud, educación o seguridad social"[5].

Otro obstáculo señalado por Courtis se refiere a la falta de mecanismos judiciales o mecanismos procesales adecuados para tutelar los derechos sociales. Para este autor, la vía jurisdiccional permitiría atender los reclamos extraordinarios de quienes tienen mayor acceso a los estrados judiciales, que no son necesariamente quienes más necesidades tienen. Este obstáculo remite a pensar que la satisfacción de derechos sociales requiere remedios y medidas de alcance colectivo y propone algunas medidas:

> El primero, que ya he abordado, es la preferencia por la especificación del contenido de los derechos sociales por medio de la ley, entendida ésta en sentido formal, cono norma general emanada del órgano representativo. Desde el punto de vista procedimental, además de la legitimidad electoral, se trata del instrumento jurídico que requiere mayor consenso político y el que supone mayor publicidad y transparencia. Desde el punto de vista del contenido, la generalidad de la ley, la definición de

3 GLOPPEN, Siri. La lucha por los derechos de la salud: marco de análisis. In: YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri (Coord.). *La lucha por los derechos a la salud*: ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio? Buenos Aires: Siglo veintiuno Editores, 2013. p. 31.

4 GLOPPEN, Siri; ROSEMAN, Mindy Jane. Introducción: ¿Pueden los litigios judiciales volver más justa la salud? In: YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri (Coord.). *La lucha por los derechos a la salud*: ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio? Buenos Aires: Siglo veintiuno Editores, 2013. p. 20.

5 COURTIS, Christian. Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo*: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007. p. 206-207.

Livro 1.indb 347 05/11/2018 16:15:32

> los titulares y el alcance de los derechos sociales en términos universales permiten identificar más claramente en qué consisten el derecho y sus correlativas obligaciones, y qué previsión presupuestaria debe hacer el Estado para satisfacerlo. De este modo, hay menos espacio para la asignación discrecional, a partir de criterios meramente partidarios u orientados a clientelas políticas del gasto en materia social. Queda más claro así quién puede reclamar un derecho ante los tribunales, qué puede reclamar y de qué recursos se dispone para satisfacer los derechos previstos legalmente.[6]

Los litigios estructurales sobre derechos deben ser pensados a partir de sus implicaciones en las políticas públicas porque son cuestiones de interés público y de justicia social. En cuanto a la primera, porque las complicaciones que se desprenden como resultado de una prestación deficiente o excluyente en servicios relacionados con derechos puede incrementar los riesgos del derecho a la vida y su falta de protección; y, en cuanto a la segunda, porque los sectores más vulnerables de la sociedad son quienes sufren las consecuencias negativas de las decisiones judiciales restrictivas de derechos o las políticas públicas con escasa cobertura de destinatarios, todo lo cual puede desembocar en la vigencia de ciclos vitales inseguros y con altos índices conflictuales en las garantías a las personas.

Por lo expuesto, es imperativo que los temas relativos a los derechos, en cuanto a su tutela y reparación, se construyan como problemas que conciernen a las ramas del poder público y a la ciudadanía en la definición de la agenda pública para lograr mayores niveles de presión hacia los actores políticos e institucionales que intervienen en los ámbitos judiciales y en los ámbitos tecnocráticos. De igual manera, es indispensable que las preocupaciones relativas a los derechos involucren a la mayor cantidad de actores sociales para su reivindicación porque la diversificación de actores con voz en el debate y de legitimidad para impulsar instrumentos de acción judicial pueden ser estrategias clave en las iniciativas públicas de defensa por los derechos.

¿Por qué es necesaria la intervención de las organizaciones de la sociedad civil en el desarrollo de iniciativas deliberativas por profundizar los derechos en el Poder Judicial y en las políticas públicas? La conclusión que sugiere Charles R. Epp en su estudio al respecto es la siguiente:

> La lección básica de este estudio es que los derechos no son un don: se ganan a través de la acción colectiva concertada que surge tanto de una sociedad civil decidida como de la subvención pública. Las revoluciones de derechos se originaron en la presión ejercida desde abajo por la sociedad civil y no desde arriba, por el liderazgo de un grupo. Pero, como hemos argumentado a lo largo de este libro, sólo cierta clase de presión desde abajo, particularmente el sostén organizado

6 COURTIS, Christian. Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo*: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007. p. 209.

Livro 1.indb 348 05/11/2018 16:15:32

> para litigar por los derechos, tiene probabilidades de incentivar la atención judicial sostenida a las libertades y a los derechos civiles; por otro lado, el respaldo de las elites judiciales no es en modo alguno irrelevante. En última instancia, la revolución de los derechos siempre se ha desarrollado y ha alcanzado su máxima cima y fuerza mediante una interacción entre jueces inclinados a apoyarla y la estructura de sostén necesaria para litigar a lo largo de todo el proceso judicial.[7]

4 DECISIONES JUDICIALES Y POLÍTICAS REPARATORIAS DESDE UN CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO

¿Qué ocurre cuando el resultado final de un litigio es favorable a las pretensiones de un grupo social sobre el acceso a un derecho, pero la comunidad encuentra que las entidades públicas encargadas de asegurar las políticas o las decisiones para la protección o reparación de ese derecho no cumplen sus responsabilidades?

La respuesta que puede ofrecer el constitucionalismo contemporáneo es una alternativa de diálogo judicial que vincule las decisiones de los jueces con las formulaciones de políticas de los operadores administrativos. La construcción de mecanismos dialógicos en el diseño procesal puede permitir mayores condiciones de transparencia e información sobre los presupuestos públicos y los cambios que estos pueden acoger de acuerdo a las disposiciones reparatorias que se emitan en los litigios. Asimismo, las carteras que implementan programas y proyectos en materia de derechos deben ser más receptivas e impulsoras de discusiones deliberativas con la Legislatura y los jueces para preparar las reformas legales e institucionales que acojan las problemáticas tratadas en otras ramas del poder público.

Las respuestas para atender las demandas sobre derechos debe involucrar a la institucionalidad hacia la búsqueda de prácticas dialógicas y no pueden ser pensadas únicamente desde los operadores administrativos de la cartera sectorial de Estado, sino que los conflictos en torno a derechos insatisfechos deben involucrar a diferentes roles de responsabilidad por parte de las ramas del poder público. Así, el Poder Judicial puede adoptar medidas cautelares constitucionales para proteger el derecho de esas personas, disponiendo a la agencia estatal encargada la programación de acciones de contingencia para atender la afectación de esas personas, lo cual significa hacer cumplir expresos mandatos constitucionales a favor de este derecho.

Asimismo, el poder legislativo debe fiscalizar y ejercer el control político a la agencia estatal correspondiente y precisar mayores controles a la ejecución del presupuesto del sector mediante el seguimiento respectivo, así como en las cautelas necesarias para revisar la normativa legal que puede profundizar el acceso a estos derechos.

7 EPP, Charles R. *La revolución de los derechos*: abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013. p. 293.

Livro 1.indb 349 05/11/2018 16:15:32

La correlación de intervenciones expresan una corresponsabilidad de distintos órganos del poder público para avanzar hacia dinámicas deliberativas más amplias que activen responsabilidades concurrentes para la protección de los derechos sociales. La justicia dialógica o conversacional es un modelo complementario de la democracia deliberativa que contribuye a fomentar otras respuestas y compromisos en medio de prácticas y respuestas deliberativas de varios actores que aportan para concertar las múltiples soluciones que requieren los derechos hacia su defensa y reparación integral. Aquel modelo da luces para que las sentencias puedan ser desarrolladas de un modo participativo para asegurar seguimientos a su aplicación. Y es que los problemas de los derechos merecen remedios –entendidos como acciones de política pública- diversos que los atiendan y un monitoreo de su ejecución, de lo contrario las repercusiones y sus efectos están llenos de dificultades.

La concepción del constitucionalismo dialógico es reposicionar a los tribunales en el papel de mediadores autorizados para intercambiar puntos de vista que coadyuven a la solución de problemas, para lo cual pueden implementar diversos mecanismos, Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco sugieren i) la conformación de salas de seguimiento especializadas a las decisiones jurisdiccionales o ii) el nombramiento de expertos independientes que supervisen el cumplimiento de las sentencias, otros autores sugieren iii) la realización de audiencias públicas o iv) la promoción de los *amicus curiae* como dispositivos que facilitan el diálogo judicial con la comunidad.

El esquema deliberativo jurisdiccional enfatiza en que las intervenciones judiciales dialógicas tienen un mayor impacto en el cumplimiento de los DESC en relación a las monológicas de los operadores de justicia. Las sentencias dialógicas son definidas por estos autores como:

> Aquellas que combinan derechos fuertes (es decir, la protección judicial de niveles básicos de bienestar), remedios moderados (es decir, órdenes abiertas que dejan los detalles de la política pública al gobierno, pero especifican plazos y procedimientos que este debe cumplir) y seguimiento fuerte (es decir, decisiones de seguimiento que valoren el progreso, presionen a los funcionarios recalcitrantes a cumplir e involucren a diversos grupos de interesados en un proceso de deliberación pública y de solución colaborativa de problemas sobre las causas subyacentes a las violaciones de los DESC).[8]

La propuesta del constitucionalismo dialógico tiene por objetivo reconceptualizar las relaciones entre los poderes del Estado hacia dimensiones cooperativas y promover mayores resonancias públicas sobre los efectos de las decisiones judiciales. La generación de reformas legales o institucionales son formas de instar al poder legislativo y ejecutivo como consecuencia de un pronunciamiento jurisdiccional, lo cual no supone definir los contenidos de esas reformas, pero sí

8 RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Juicio a la exclusión*: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015. p. 240.

Livro 1.indb 350 05/11/2018 16:15:32

los puntos de partida para su generación. De igual manera, la presión ciudadana debe encontrar apertura y receptividad en los jueces para tratar sus reclamos en consideración de las respuestas sobre aquéllos y sus necesidades tendrán efectos y afectaciones colectivas. El diálogo judicial resalta la responsabilidad democrática de los tribunales bajo el siguiente correlato:

> […] los tribunales pueden profundizar, en vez de erosionar, la gobernanza democrática al actuar como fuentes de rendición de cuentas horizontal, es decir, mediante la liberación de los bloqueos entre y dentro de organismos públicos que están casi exentos de rendir cuentas a los ciudadanos y presionando a los funcionarios públicos para que se ocupen de las deficiencias sistémicas de la política pública que llevan a violaciones masivas de los DESC. […] la capacidad y el potencial institucional de los tribunales para fomentar la deliberación democrática puede desarrollarse mejor mediante su participación continuada tras el pronunciamiento de la sentencia, por medio de procesos de seguimiento que proporcionan oportunidades para la participación de los actores interesados y para la deliberación pública sobre la solución de los problemas de justicia distributiva.[9]

El desarrollo de derechos requiere de una capacidad para movilizar el Derecho constitucional a su favor según Charles R. Epp. Este fenómeno sucede porque el diseño de la política judicial puede ser antidemocrático y esto se debe a que la interpretación judicial puede sólo impulsar los derechos que interesen a los grupos que cuenten con condiciones organizativas y financieras para litigar hasta el final de un proceso, mientras que para aquellos sectores o grupos que no cuenten con esas condiciones los derechos se convierten en “barreras de pergamino”. El presente y el futuro de los derechos está también condicionado por los esfuerzos colectivos y la estructura de sostén asentada en la sociedad civil, lo cual hay que tener presente para no pensar que los derechos son “simplemente limosnas que el sistema judicial les da a individuos aislados suplicantes”. De acuerdo a lo que sugiere Charles R. Epp:

> Ni una Constitución escrita ni una cultura defensora de los derechos ni la actitud liberal de los jueces son suficientes para lograr que el sistema judicial preste una atención sostenida a los derechos y los respalde. La protección de los derechos y las libertades civiles depende, además, de una estructura de sostén enraizada en la sociedad. Sin ella, hasta las más claras garantías constitucionales de los derechos pueden perder toda su significación en los estrados. Por el contrario, una estructura de sostén sólida y vital puede extender y expandir la más débil de las legislaciones sobre derechos. Quienes participan de las decisiones en una democracia constitucional harían bien en concentrar sus esfuerzos no sólo en redactar o revisar las cláusulas constitucionales ni únicamente en la designación de los jueces que habrán de interpretarlas, sino también en formar

9 Ibidem, p. 241.

Livro 1.indb 351 05/11/2018 16:15:32

> la estructura de sostén que defienda y desarrolle esos derechos en la práctica.[10]

Por otra parte, todos los jueces deben observar y ejecutar el control de convencionalidad de tipo difuso para dar forma a su margen nacional de apreciación mediante una adecuada tutela de los derechos humanos a nivel nacional, teniendo presente, según la Constitución de cada Estado, el *ius commune* interamericano, esto es, los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados suscritos por el Estado. La Constitución y la normativa interna no son los únicos referentes para la tutela de los derechos constitucionales porque también los derechos reconocidos en instrumentos internacionales son referentes jurídicos, siempre que se avale un mayor ámbito de favorabilidad en su tutela respecto a la normativa nacional.

Asimismo, los administradores de las políticas públicas también intervienen en repertorios monológicos cuando actúan en nombre de las mayorías que no son escuchadas, pero que se las usa para legitimar las políticas que no necesariamente contienen debates democráticos robustos para su formulación y ejecución, así como cuando ejecutan las políticas relativas a derechos sin mediaciones dialógicas con la rama judicial y la ciudadanía.

5 ¿POR QUÉ EL DIÁLOGO JUDICIAL INTERCOMUNITARIO E INTERJURISDICCIONAL PUEDE PROFUNDIZAR LA PROTECCIÓN A LOS DERECHOS Y SU REPARACIÓN?

La realización del diálogo judicial tiene distintas variables y utilizaciones. Por una parte, puede ser formulado como un mecanismo previo y alternativo a la pena; por otra, puede ser el empleo de mecanismos de judicialización cooperativa para combinar los procedimientos tradicionales con la perspectiva de buscar deliberativamente soluciones y respuestas con los sectores involucrados en los procesos.

La intervención de un tribunal puede suponer un abordaje que articule más participación y transparencia con flexibilidad en la adopción de decisiones provisionales donde las partes tienen mayor injerencia y colaboran en un proceso educativo y de reconstrucción.

El diálogo judicial implica impulsar mayores instancias de articulación para la inducción y estimulación entre diversos mecanismos de *accountability* horizontal y vertical con la generación de oportunidades para la movilización y deliberación en los procesos jurisdiccionales, donde la comunidad o los sujetos de derechos son actores centrales en el análisis y la decisión judicial que se encuentra pendiente.

La proposición central de este ensayo académico es que el pueblo tiene los derechos constitucionales para ejercer un poder interpretativo o una posición divergente frente a las interpretaciones judiciales. En consecuencia, es el soberano quien puede aportar en la definición del derecho existente y sus formas de tutela y

10 EPP, Charles R. *La revolución de los derechos*: abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013. p. 302-303.

Livro 1.indb 352 05/11/2018 16:15:32

reparación porque el sistema normativo debe permitir la intervención popular porque quien tiene que definir los alcances, límites y formas de resolver los derechos es la ciudadanía; ella es el intérprete mayor de la Norma Fundamental, no necesariamente el único, pero sí el definitivo. Si la democracia es la expresión del pueblo soberano, y el Derecho constitucional fija las condiciones para que esa democracia y el pueblo puedan equilibrar sus poderes, entonces la sociedad activa su poder interpretativo para discutir y ser escuchada sobre las condiciones en que necesita hacer uso de un derecho y cómo debe ser reintegrado cuando aquél es afectado.

A pesar de las variaciones en que pueden definirse esas condiciones, el presente estudio se afirma en el enunciado de que los aportes que ofrece la justicia deliberativa para la participación del pueblo en la toma de decisiones para el uso y ejercicio de un derecho son una garantía para canalizar jurídicamente la regla democrática y hacer un intercambio conversacional con relación a las tensiones que puedan desprenderse sobre otros elementos como las dimensiones verticales y horizontales de un derecho.

Otra variación del diálogo judicial puede ser entendida a partir del activismo dialógico y el impacto de los derechos sociales con las siguientes consideraciones:

> Al otorgar poder a una variedad más amplia de interesados en participar en el seguimiento, los tribunales generan efectos directos e indirectos que pueden ayudar a superar la resistencia política. El principal es la participación activa de los actores políticos, como las ONG de derechos humanos, los organismos administrativos orientados a la reforma y las organizaciones de base que es probable que adopten, como parte de programa de acción, impulsar el cumplimiento de la sentencia, con lo que se convierten así en una fuente de poder compensatorio contra el *statu quo*. […] En segundo lugar, los mecanismos del activismo dialógico pueden ayudar a los tribunales a ocuparse de las deficiencias institucionales para solucionar problemas socioeconómicos complejos. No hay que ser un formalista jurídico para ver que los tribunales carecen del conocimiento técnico, el personal y los recursos (por no hablar de la legitimidad) para elaborar y ejecutar las soluciones a asuntos tan complicados como el desplazamiento forzado o la falta de acceso a medicamentos esenciales. Sin embargo, eso no significa que no puedan provocar y moderar un diálogo entre las autoridades públicas y los actores de la sociedad sobre estas cuestiones, frente a los fracasos extendidos de las políticas públicas y las violaciones masivas de los DESC.[11]

El Estado constitucional precisamente constituye un intento por recomponer la gran factura entre democracia y constitucionalismo. La implementación de mecanismos propios de la democracia deliberativa para asegurar la participación popular en la jurisdicción ordinaria y en la jurisdicción constitucional permitirían la

11 RODRÍGUEZ GARAVITO, César. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, v. 14, dic. 2013. p. 237.

Livro 1.indb 353 05/11/2018 16:15:32

interacción mediada por acciones comunicativas y la interacción regida por normas donde los participantes coordinan e intercambian diferentes posiciones hacia una comunidad de lenguaje interpretativo iusfundamental caracterizada por la *interacción simbólicamente mediada*. El pensamiento de Habermas es propicio para adaptarlo en este análisis y proponer que la base de validez de un proceso jurisdiccional puede depender de que sus normas procedimentales adopten consensos mediados comunicativamente por razones expresadas mediante la participación social para la interpretación de la Norma Suprema. Cuando este autor explica la estructura racional de la *lingüstización de lo sagrado* en la evolución del Derecho y la búsqueda de un *habla gramatical,* sugiere enunciados que los utilizo para explicar cómo constituir un proceso deliberativo en los tipos de jurisdicción a continuación:

> La *aplicación comunicativamente mediada* de las normas de acción requiere que los implicados lleguen a definiciones comunes de la situación que comprendan a la vez los aspectos objetivos, los aspectos normativos y los aspectos subjetivos de la situación de acción de que se trate. Son los *propios* participantes en la interacción los que tienen que relacionar las normas dadas con la situación del caso y adaptarlas a las tareas especiales que esa situación plantea.[12]

Considero que la ejecución de los procesos jurisdiccionales mediante procesos de conversación pública contribuye a que quienes integran el cuerpo social se hagan cargo de la aplicación de las normas mediante una actuación comunicativa, donde los problemas de justificación e implementación de esas normas responden a procesos dialógicos para la formación razonada de consensos y disensos – lo cual debe abordarse sin dejar de destacar que hay distinciones entre las teorías de Habermas y Bohman[13]. Lo interesante de sugerir la opción de la deliberación pública es que la facultad de decidir las cuestiones controvertibles para ejercer cualquier derecho se fundamentan en debates que se abren hacia el pueblo para que los participantes no se reduzcan a los representantes de los poderes constituidos, ni se agoten en las instituciones de la justicia ordinaria o constitucional.

Los derechos son creaciones sociales y su significado depende de la conversación extendida entre jueces, comunidad y autoridades para su interpretación iusfundamental.

12 HABERMAS, Jurgen. *Teoría de la acción comunicativa*: crítica de la razón funcionalista. Madrid: Trotta, 2010. p. 562.

13 Al utilizar la explicación de Yebrail Haddad Linero, se infiere que "a diferencia de Habermas, la deliberación para Bohman se vuelve pública a través del diálogo y no del discurso. El diálogo se centra en como la interacción pública produce los efectos prácticos en los participantes que elaboran razones convincentes, en tanto que el discurso, se interesa en los argumentos y en los tipos de justificación que puedan ser públicamente convincentes. En ese sentido, la teoría habermasiana pretende reconstruir los ideales de convergencia, unanimidad e imparcialidad en términos políticos, ideales que para Bohman no constituyen necesariamente los presupuestos de la argumentación pública"; en LINERO, Yebrail Haddad. *La democracia deliberativa*: perspectiva crítica. Bogotá: Universidad Externado de Colombia: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2006. p. 32.

Livro 1.indb 354 05/11/2018 16:15:32

6 LOS PUENTES CONVERSACIONALES ENTRE LAS AUTORIDADES, LA CIUDADANÍA Y LOS JUECES LOCALES E INTERAMERICANOS PARA PROMOVER LA REPARACIÓN INTEGRAL DE DERECHOS. CONCLUSIONES

El sistema interamericano de protección de derechos humanos ha contribuido en la tutela de los derechos y su desarrollo normativo ha sido acogido por los Estados parte. No obstante, la población de la región no recibe las dimensiones completas de la reparación integral al momento de ser atendida en sus derechos vulnerados y las medidas de reparación expresan niveles insuficientes de ejecución y seguimiento.

Las dinámicas cambiantes de las sociedades reclaman mayores demandas en las políticas de reparación para asegurar mayor coherencia entre las condiciones de restitución, indemnización, rehabilitación, medidas de satisfacción y garantías de no repetición. Acaso, una alternativa puede ser la adopción de un modelo de activismo jurisdiccional dialógico que aporte con mecanismos cooperativos y deliberativos entre los jueces, la comunidad y las ramas del poder público para intercambiar soluciones concertadas a los problemas estructurales en torno a la reparación de derechos.

7 RECOMENDACIONES

El activismo jurisdiccional dialógico para el desarrollo de los derechos requeriría de los siguientes aspectos para su concreción: i) la conformación y sostenimiento de organizaciones sociales para la defensa de los derechos; ii) la visibilidad permanente de sus agendas en los medios de comunicación; iii) las intervenciones públicas de profesionales y usuarios de los derechos en conflicto como voces legitimadas para discutir sobre el tema en un intercambio con los operadores de justicia y los administradores de las políticas públicas; iv) la promoción de debates en la opinión pública sobre los temas propuestos en las agendas; v) el impulso de la judicialización de los temas presentes en la agenda; vi) la deliberación pública antes de la emisión de los fallos en las instancias judiciales con las organizaciones sociales en situaciones relacionadas con estos derechos en cuestión; vii) los compromisos de las agencias estatales para adoptar reformas institucionales; viii) los proyectos de reformas e iniciativas legales impulsados por las autoridades correspondientes; ix) las acciones de seguimiento a las decisiones en litigios judiciales; y, x) la interrelación permanente de los jueces nacionales e interamericanos para la protección de derechos y el establecimiento de políticas de reparación.

Los conflictos que se suscitan para el desarrollo de los derechos y las formas de protección requieren de puentes dialógicos sostenidos en el tiempo y con robustos debates democráticos. La adopción de medios conversacionales para el intercambio de razones que permitan la participación social en las políticas públicas, las decisiones judiciales y el intercambio con las voces de la comunidad son estrategias de protección multinivel que coadyuvan a enfrentar las tensiones existentes.

Livro 1.indb 355 05/11/2018 16:15:32

Así, los prolegómenos requieren respuestas institucionales, legislativas y jurisprudenciales que expresen un constitucionalismo conversacional, donde los sujetos de derechos puedan ser los protagonistas en las decisiones judiciales y las políticas públicas. Para decir lo mismo de un modo más claro: las autoridades y los jueces deben provocar una deliberación permanente con la sociedad para alcanzar definiciones colectivas sobre la protección y reparación de derechos y que éstas surjan de oportunidades conversacionales inclusivas que permitan a la comunidad ser el último intérprete de la Constitución.

REFERENCIAS

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: GARGARELLA, Roberto (Coord.). *Teoría y crítica del derecho constitucional.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.

BERGALLO, Paola. La causa "Mendoza": una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud. In: GARGARELLA, Roberto (Comp.). *Por una justicia dialógica*: El poder judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales.* Quito: Cevallos, 2010.

CÓRDOVA VINUEZA, Paúl. ¿Cómo deciden los jueces? (Des)encuentros de la interpretación y argumentación jurisdiccional frente a la democracia constitucional. *Justicia Electoral y Democracia,* año 2, n. 3, p. 21-30, nov. 2015.

_____. La Constitución de los comunes: constitucionalismos dialógicos para desafiar las biopolíticas. In: SLAVIN, Pablo Eduardo; ROGERS, Támara; ORUNESU, Claudina (Comp.). *Nuevos debates en filosofía y ciencia política.* Mar del Plata: Universidad Nacional de Mar del Plata: Facultad de Derecho, 2015.

_____. La Constitución desconstitucionalizada: líneas jurisprudenciales del sistema de administración de justicia constitucional ecuatoriano. In: TORRES, Luis Fernando (Ed.). *Debate constitucional*. Quito: Cevallos, 2016.

_____. *La crisis del control de constitucionalidad*. Presentado en una Conferencia en la Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2015.

_____. *Derecho procesal constitucional*: Estudios críticos de doctrina, dogmática, argumentación y jurisprudencia. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016.

Livro 1.indb 356 05/11/2018 16:15:32

_____. *Derechos sin poder popular.* Quito: Centro Andino de Estudios Estratégicos: Centro de Estudios Construyendo Ciudadanía y Democracia de la Universidad Central del Ecuador, 2013.

_____. Interpretación constitucional intercultural y constitucionalismo popular. In: JORNADAS DE CIENCIA, FILOSOFÍA Y DERECHO, 15., 2015, Mar del Plata. *Anales*… Mar del Plata: Universidad Nacional de Mar del Plata, 2015.

_____. *Justicia dialógica para la última palabra*: Por una argumentación deliberativa entre los jueces, la ciudadanía y las Cortes. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017.

_____. Más poder al poder: nuevos constitucionalismos autoritarios. In: CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL, 12., 2015, Bogotá. *Anales*… Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

_____. Resistencia y deliberación pública: derechos de participación para transformar las relaciones socio-estatales. *Anales*: Revista de la Universidad Central del Ecuador, n. 371, p. 257-288, marzo 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*: Sentencia. 2008. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf>. Acceso en: 12 mayo 2017.

_____. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*: Sentencia. 2013. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_266_esp.pdf>. Acceso en: 20 jun. 2017.

_____. *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*: Sentencia. 2013. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_268_esp.pdf>. Acceso en: 12 mayo 2017.

_____. *Caso Jorge Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*: Sentencia. 2008. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf>. Acceso en: 20 jun. 2017.

_____. *Caso Pueblo Indígena kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*: Sentencia. 2012. Fondo y Reparaciones. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf>. Acceso en: 20 mayo 2017.

_____. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*: Sentencia. 2009. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_197_esp.pdf>. Acceso en: 18 mayo 2017.

_____. *Caso Yatama vs. Nicaragua*: Sentencia. 2005. Excepciones preliminares,

Livro 1.indb 357 05/11/2018 16:15:32

Fondo, Reparaciones y Costas. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf>. Acceso en: 20 jun. 2017.

COURTIS, Christian. Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo*: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007.

EPP, Charles R. *La revolución de los derechos*: abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013.

FERREYRA, Raúl Gustavo. *Reforma constitucional y control de constitucionalidad.* Buenos Aires: Ediar, 2013.

FURFARO, Lautaro. El derecho a la salud en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. In: AIZENBERG, Marisa (Dir.). *Estudios acerca del derecho a la salud.* Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires: La Ley, 2014.

GLOPPEN, Siri. La lucha por los derechos de la salud: marco de análisis. In: YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri (Coord.). *La lucha por los derechos a la salud*: ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio? Buenos Aires: Siglo veintiuno Editores, 2013.

_____; ROSEMAN, Mindy Jane. Introducción: ¿Pueden los litigios judiciales volver más justa la salud? In: YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri (Coord.). *La lucha por los derechos a la salud*: ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio? Buenos Aires: Siglo veintiuno Editores, 2013.

HABERMAS, Jurgen. *Teoría de la acción comunicativa*: crítica de la razón funcionalista. Madrid: Trotta, 2010.

_____. *La inclusión del otro*: estudios de Teoría Política. Madrid: Paidós, 1999.

LINERO, Yebrail Haddad. *La democracia deliberativa*: perspectiva crítica. Bogotá: Universidad Externado de Colombia: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2006.

PÉREZ, Miguel A. Aparicio; BARCELÒ I SERRAMALERA, Mercè (Coord.). *Manual de Derecho Constitucional*. Barcelona: Atelier, 2012.

PIOVESAN, Flávia. Protección de los derechos sociales en el ámbito internacional. In: CAPALDO, Griselda; Sieckmann, Jan; Clérico, Laura (Dir.). *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional.* Buenos Aires: Eudeba: Universidad de Buenos Aires, 2012.

PORRAS NADALES, Antonio. Los principios rectores de la política social y económica. In: AGUDO ZAMORA et al. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Tecnos, 2010.

Livro 1.indb 358 05/11/2018 16:15:32

RODRÍGUEZ GARAVITO, César. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, v. 14, dic. 2013.

_____; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Juicio a la exclusión*: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015.

STORINI, Claudia. Epílogo: La interpretación dialógica. In: CÓRDOVA VINUEZA, Paúl. *Justicia dialógica para la última palabra*: por una argumentación deliberativa entre los jueces, la ciudadanía y las Cortes. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017.

Livro 1.indb 359 05/11/2018 16:15:32