

**LAS NOVEDADES DIALÓGICAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL A LA LUZ DE LOS POSTULADOS DEL  
CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO**

Heberth Daniel Cadena Correa



UNIVERSIDAD  
La Gran Colombia

Vigilada MINEDUCACIÓN

Programa de Derecho, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales

Universidad La Gran Colombia

Bogotá

2022

**Las novedades dialógicas de la Corte Constitucional a la luz de los postulados del constitucionalismo  
dialógico**

**Heberth Daniel Cadena Correa**

**Trabajo de Grado presentado como requisito para optar al título de Abogado**

**Claudia Patricia Martínez Londoño Profesora**



**Programa de Derecho, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales**

**Universidad La Gran Colombia**

**Bogotá**

**2022**

**DEDICATORIA**

A mi familia, compuesta por mis padres Marcela y Hever, y mis hermanos Andrea y Juan. A ellos, les debo su amor, sabiduría, confianza, esfuerzo, alegría y apoyo sincero e incondicional.

## AGRADECIMIENTOS

La elaboración de la tesis de grado fue para mí una experiencia inesperada y sorpresiva, pero la imprevisión de este reto personal no fue óbice para disfrutar de una travesía académica que empezó en el 2017 con mis primeros cursos de Derecho y con la lectura de un libro en el que me enamoré del derecho constitucional, el libro se titula “Qué es una Constitución” de Ferdinand Lassalle. Con estas primeras experiencias, empecé un viaje corto pero muy provechoso que me obliga a manifestar mis más sinceros agradecimientos. Agradezco primero a Dios quién guía mi camino y protege mis pasos. Agradezco a mis padres Marcela y Hever porque con su sabiduría y perfecto amor han cumplido mis anhelos, me han acompañado en cada logro y momento difícil de mi vida. Agradezco a mis hermanos Andrea y Juan quienes han sido mis cómplices y confidentes de la vida. Agradezco a Jennifer mi compañera de estudios, y en lo personal, mi mejor amiga. Agradezco a mi alma máter La Universidad La Gran Colombia por ser la promotora de mi vida académica. Agradezco a mi directora de tesis la Dra. Claudia Patricia Martínez Londoño, por acompañarme en este gran reto académico, y hallar un camino exitoso que diera forma a mis primeras ideas de investigación.

### Tabla de contenido

<b>Resumen .....</b>	<b>9</b>
<b>Abstract.....</b>	<b>10</b>
<b>Introducción .....</b>	<b>14</b>
<b>Objetivos .....</b>	<b>16</b>
Objetivo General.....	16
Objetivos Específicos .....	16
<b>CAPÍTULO I: LA TEORÍA DE DIVISIÓN DE PODERES Y EL PRINCIPIO DE FRENOS Y CONTRAPESOS</b> .....	<b>17</b>
La teoría de la división de poderes .....	17
El principio de frenos y contrapesos desde el punto de vista norteamericano .....	21
Una división de poderes dialógica .....	27
<b>CAPÍTULO II: LAS FORMAS DE DIÁLOGO ENTRE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EL PODER</b> <b>LEGISLATIVO EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL COLOMBIANO.....</b>	<b>36</b>
El litigio estructural de la Corte Constitucional colombiana.....	36
Las sentencias de exhorto.....	42
Las audiencias públicas de la Corte Constitucional colombiana.....	49
<b>CAPÍTULO III: EL CONSTITUCIONALISMO DIÁLOGICO.....</b>	<b>54</b>
¿Para qué el diálogo constitucional? .....	54
Antecedentes del constitucionalismo dialógico .....	57
¿Qué es el constitucionalismo dialógico? .....	60

Posiciones problemáticas frente a la deseabilidad de las formas de diálogo de la Corte

Constitucional ..... 62

El verdadero diálogo constitucional ..... 69

Marco Referencial..... 72

**Conclusiones y Recomendaciones.....79**

**Bibliografía .....81**

**Lista de Figuras**

Figura 1 Cumplimiento e incumplimiento de las sentencias de exhorto ..... 48

**Lista de Tablas**

Tabla 1 Año de las sentencias de exhorto legislativo ..... 45

Tabla 2 Casos en los que el Congreso de la República ha cumplido..... 46

Tabla 3 Las veces en que la ciudadanía, los poderes públicos o instituciones públicas le pidieron a la Corte realizar audiencias públicas, y las veces en que la Corte convocó audiencias públicas de oficio ..... 51

Tabla 4 Asuntos sobre los cuales la Corte decide realizar audiencias públicas..... 52

### Resumen

El constitucionalismo dialógico se ha posicionado como uno de los temas más atrayentes para los estudiosos del derecho constitucional contemporáneo y de las democracias en el mundo. El constitucionalismo dialógico es una teoría de diseño institucional que promueve el diálogo interorgánico, particularmente, entre tribunales constitucionales y parlamentos con el propósito de evitar que las decisiones tomadas por estas instituciones públicas, sean cada vez menos democráticas y deliberativas. Instituciones jurídicas como la Cláusula canadiense del “no obstante”, las denominadas “respuestas legislativas” y las “revisiones políticas de constitucionalidad”, entre otras figuras jurídicas, han marcado el camino para que, en países como Colombia la Corte Constitucional haya querido poner en práctica mecanismos que al menos en su intencionalidad, promuevan el diálogo democrático. El objetivo de la investigación, consiste en analizar el constitucionalismo dialógico desde una mirada teórica y de diseño institucional, y establecer si puede ser un punto de partida que pretenda atenuar la falta del diálogo entre la Corte y el Legislativo, y así, lograr un ideal regulativo de la democracia deliberativa, tomando en cuenta posiciones críticas y problemáticas que contraponen su viabilidad y deseabilidad. El análisis propuesto se realiza a partir del estudio de tres casos concretos: la declaratoria del estado de cosas inconstitucional, el exhorto, y las audiencias públicas de la Corte Constitucional colombiana como posibles incentivos al diálogo democrático.

*Palabras clave:* Constitucionalismo dialógico, diálogo interorgánico, Corte Constitucional, democracia deliberativa, diálogo democrático.

### **Abstract**

Dialogical constitutionalism has positioned itself as one of the most attractive topics for scholars of contemporary constitutional law and democracies in the world. Dialogical constitutionalism is a theory of institutional design that promotes interorganic dialogue, particularly between constitutional courts and parliaments, in order to prevent decisions made by these public institutions from becoming less and less democratic and deliberative. Legal institutions such as the Canadian "notwithstanding" clause, the so-called "legislative responses" and the "political reviews of constitutionality", among other legal figures, have paved the way for the Constitutional Court in countries such as Colombia to implement mechanisms that, at least in their intentionality, promote democratic dialogue. The objective of this research is to analyze dialogic constitutionalism from a theoretical and institutional design point of view, and to establish whether it can be a starting point to attenuate the lack of dialogue between the Court and the Legislature, and thus achieve a regulatory ideal of deliberative democracy, taking into account critical and problematic positions that oppose its viability and desirability. The proposed analysis is based on the study of three specific cases: the declaration of an unconstitutional state of affairs, the exhortation, and the public hearings of the Colombian Constitutional Court as possible incentives to democratic dialogue.

*Keywords:* Dialogic constitutionalism, interorganic dialogue, constitutional court, deliberative democracy, democratic dialogue.

**Marco metodológico:****Planteamiento del problema:**

El constitucionalismo dialógico no es algo distinto a poner en práctica un constitucionalismo vivo. En palabras de Balkin (2020), el constitucionalismo vivo debe entenderse como un proceso de evolución que involucra distintas fuerzas sociales, políticas y económicas con lo cual se puede transformar tanto la interpretación como el texto constitucional mismo. El problema está inmerso en la ausencia parcial de diálogo entre poderes públicos, lo cual evita que tomen partida de las decisiones a través de una discusión abierta y en pie de igualdad (son los postulados más fundamentales del modelo dialógico que propone el profesor Gargarella). En Colombia, la Corte Constitucional ha avanzado en el desarrollo de los derechos fundamentales de una manera loable mediante un activismo judicial que ha desplazado al Congreso en su tarea legislativa; y aunque esta situación que se ha dado en la práctica llevada al extremo puede ser dañina para la democracia, la Corte ha logrado proteger y salvaguardar sistemáticas vulneraciones de derechos fundamentales. Entonces, lo que se cuestiona a la luz de la democracia deliberativa, es la falta de mecanismos institucionales que promuevan escenarios reales de discusión pública y genuina entre órganos de poder. Lo anterior, tiene que ver con que no se depende de la buena voluntad del tribunal constitucional.

En ese marco, el diálogo constitucional cobra mayor importancia en el sentido de que persigue atenuar la falta de diálogo y deliberación que suele rodear las discusiones constitucionales. El activismo que ha desarrollado la Corte Constitucional paradójicamente funciona mediante novedades que, en un primer momento, incentivan al diálogo democrático, sin embargo, en la praxis estos mecanismos dialógicos se ven limitados por el alcance, la inclusión, la deliberación suficiente, y la dependencia que se tiene al órgano organizador o promotor del mecanismo. Por tanto, esta investigación sugiere responder a dos interrogantes. El primero, es analizar si la Corte Constitucional ha implementado o no el

diálogo constitucional como una forma de promover la deliberación pública en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. Y, la segunda, es determinar si el constitucionalismo dialógico es un punto de partida para atenuar la ausencia de diálogo entre los poderes públicos.

**Hipótesis planteada:**

Aunado a lo anterior, lo cierto es que los modelos dialógicos son una de las salidas al problema que hoy enfrenta el sistema de frenos y contrapesos en Colombia: por un lado se tiene que las decisiones de sociedad fundamentalmente constitucionales no surgen en contextos dialógicos, y por otro lado, se tiene que la ausencia de un Poder Legislativo proactivo en materia de producción legislativa eficiente con la realidad social, ha permitido que la Corte Constitucional haya tenido que tomar un rol dinámico y de agenda política. Esto ha conducido a un sistema de choques y de armas que privilegia la lógica agonal, evita el diálogo como medio para que las decisiones públicas sean justificadas, y relega a la democracia deliberativa.

En la presente investigación, se pretende defender la idea de que la teoría del constitucionalismo dialógico sugiere al menos dos cuestiones. Por un lado, un diseño institucional diferente al hegemónico que permita la consecución de mecanismos institucionales de diálogo democrático promovidos por los poderes públicos. Y, por otro lado, distinguir que no todos los mecanismos que se promuevan como dialógicos, pueden resultar satisfactorios con los postulados del constitucionalismo dialógico. De esta forma, aunque la Corte Constitucional desarrolla novedades que incentivan al diálogo y a la discusión pública en un primer momento, los postulados de diálogo constitucional contraponen su viabilidad y deseabilidad, por cuanto se consideran exiguas e insatisfactorias.

**Metodología de investigación:**

Mediante la presente investigación se busca analizar de manera cualitativa y con un enfoque socio jurídico y de carácter descriptivo, si el constitucionalismo dialógico es una de las salidas para atenuar la falta de diálogo entre poderes públicos, que se presenta en un sistema institucional que está pensado desde una lógica agonial, y no deliberante. Para esto, las técnicas que sirven para obtener dicha información serán la revisión y análisis documentales. Así pues, se utilizarán las bases de datos y repositorios de revistas jurídicas de varias universidades; libros de reconocidos tratadistas internacionales con conocimiento en la materia; experiencias internacionales; jurisprudencia colombiana, ponencias y Congresos a nivel local e internacional sobre la materia; y entrevistas a actores políticos y sociales influyentes sobre la materia.

## Introducción

Según el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE, 2022) en el transcurrir del año 2021 el porcentaje de colombianos que se declararon muy insatisfechos con la forma en que la democracia funciona en Colombia, fue del 52,2 %. Así mismo, al respecto de la confianza que tienen los colombianos en las instituciones públicas, se destaca que el Congreso de la República con 10,2 %, y los jueces y magistrados con 11,2 %, hacen parte de las instituciones democráticas en las que los colombianos menos confían. Las cifras en mención, reflejan la crisis democrática y de confianza en los poderes públicos que sufre Colombia, en particular. De ahí que, el constitucionalismo dialógico pretenda sugerir, en lo que atañe a esta investigación, al menos dos cuestiones. Por un lado, la cuestión democrática que se refiere a lo debatible que puede ser el hecho de que los jueces y magistrados tomen decisiones públicas en casos constitucionales, sin la promoción de mecanismos deliberativos y de diálogo que involucren a la ciudadanía y a poderes públicos con mayores credenciales democráticas, en el marco de una discusión continua, abierta, en pie de igualdad e inacabada. Por otro lado, la cuestión de diseño institucional que supone la crisis de las instituciones públicas, muchas veces auspiciada por la constitución, en la cual la interacción entre las ramas de gobierno se origina en contextos hostiles y con mecanismos que favorecen la lógica agonial en la toma de decisiones públicas. Entre tanto, el constitucionalismo dialógico busca que la interacción entre las ramas del gobierno sea deliberativa, dialógica, y persuasiva. Una buena manera de entender esta interacción de poderes está contenida en el hecho de que un juez y un legislador, estén comprometidos con el ejercicio de la persuasión.

En semejanza a lo anterior, en Colombia la Corte Constitucional ha pretendido involucrarse en algunas formas de diálogo con la ciudadanía e instituciones públicas pese a que estas novedades dialógicas encuentran cierta resistencia en modelos confrontacionales como el colombiano. Dentro de las formas dialógicas en las cuales la Corte se ha pretendido establecer, se estudian: la declaratoria del estado de cosas inconstitucional, las sentencias de exhorto al Congreso, y las audiencias públicas. Dentro

del análisis propuesto, se considera que estas novedades del diálogo promovidas por la Corte constituyen una fórmula comunicativa, y una vía de diálogo entre los jueces, la ciudadanía y los legisladores. Ahora bien, sin desmedro de las bien intencionadas formas dialógicas en mención, en este trabajo se analizarán estas novedades bajo los postulados de la teoría del constitucionalismo dialógico, los cuales contraponen su viabilidad y deseabilidad. Esta teoría del diálogo constitucional ha sido desarrollada en América Latina, principalmente, por el profesor Roberto Gargarella y se encuentra contenida en algunas de sus más importantes obras.

Este trabajo académico se divide en 3 capítulos. En primer lugar, se aborda la conceptualización, el alcance jurisprudencial de la teoría de división de poderes, el contexto ideológico en el que se fundó el principio de frenos y contrapesos, y las principales razones filosóficas que lo justificaron. También, se explica la división de poderes dialógica como el ideal regulativo del funcionamiento del andamiaje institucional. En segundo lugar, se analizan tres casos concretos en los que la Corte Constitucional colombiana apertura el diálogo democrático, con la ciudadanía y con otros poderes públicos. Y, finalmente, en tercer lugar, se explican los antecedentes, la justificación y la conceptualización del constitucionalismo dialógico, se evidencian algunas posiciones críticas y problemáticas frente a la deseabilidad y viabilidad de las novedades dialógicas promovidas por la Corte, y se aborda la manera en la cual un verdadero diálogo constitucional tendría cabida.

## Objetivos

### Objetivo General

Analizar el constitucionalismo dialógico desde una mirada teórica y de diseño institucional, y establecer si puede ser un punto de partida que pretenda atenuar la falta de diálogo entre poderes públicos, y así, lograr un ideal regulativo de la democracia deliberativa tomando en cuenta posiciones críticas y problemáticas que contraponen su viabilidad y deseabilidad, particularmente en el caso colombiano.

### Objetivos Específicos

1. Examinar las teorías de división de poderes y el principio de frenos y contrapesos.
2. Analizar las formas de diálogo entre la Corte Constitucional y el Poder Legislativo en el sistema constitucional colombiano.
3. Determinar la deseabilidad y suficiencia de las formas dialógicas de la Corte Constitucional a luz de los postulados del constitucionalismo dialógico.

## CAPÍTULO I: LA TEORÍA DE DIVISIÓN DE PODERES Y EL PRINCIPIO DE FRENOS Y CONTRAPESOS

### La teoría de la división de poderes

El surgimiento de la teoría de la división de poderes inició con los planteamientos de Montesquieu, quién trajo consigo una influencia innovadora de la realidad de las instituciones políticas, la realización de las democracias, el establecimiento de los gobiernos, y la garantía de una organización política institucionalmente respetable. En ese sentido, expone Augusto Hernández (1997) al respecto del grande aporte de Montesquieu con la teoría de división de poderes, y separación de poderes que: “el estudio sobre la naturaleza y organización de las tres ramas del poder del Estado, y de su relación con la libertad, ha dado origen a la teoría de la tridivisión de poder, uno de los principios doctrinarios más poderosos del pensamiento político moderno” (p. 255). No obstante, antes de Montesquieu, otros pensadores como Aristóteles en Grecia, y Polibio en Roma, se habían referido a tan significativa situación: la organización del poder. Según lo señalado por Sabine (2009):

Aristóteles planteaba la supremacía de la ley como elemento de un gobierno que tiende al bien de sus súbditos; sostenía que la ley es la razón desprovista de pasión, cuando el gobernante y el súbdito se encuentran en una situación determinada por ley, indica Aristóteles, esto se proyecta en la relación política, la cual permite la libertad y se reconoce dignidad al súbdito, cuestión que no ocurre en un gobierno despótico (como se cita en Diaz, 2012, p. 95)

Así mismo, según Diaz (2012):

Polibio planteaba que en la historia hay una ley inevitable de crecimiento y decadencia que se explica y manifiesta en un ciclo, en todas aquellas formas no mixtas de gobierno, de monarquía a la tiranía, de la tiranía a la aristocracia, de la aristocracia a la oligarquía, de la oligarquía a la democracia y de la democracia a la demagogia (p. 244).

Aunado a lo anterior, es de recibo establecer que hasta Montesquieu no se tuviera una teoría de división de poderes robusta y que sirviera de derrotero para la creación y conformación de los estados modernos. Por estas razones, es menester evaluar los postulados de tan relevante ingenio que ha servido para configurar la estructura de los estados que poseen un sistema de constitucionalismo liberal. En ese aspecto, el sistema constitucional colombiano emula dicha teoría en la Constitución Política de Colombia (1991) en su artículo 113 donde señala:

son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines. (Art. 113)

Desde la perspectiva de la Corte Constitucional colombiana (2014), se ha definido el alcance de la división poderes o separación de poderes en el marco del estado constitucional de derecho. Así entonces, ha dicho que:

Al respecto esta Corte ha identificado dos modelos básicos de separación de poderes. El primero de ellos es un modelo estático que se enfoca primordialmente en la necesidad de limitar el ejercicio del poder en el diseño de los órganos, entidades e instituciones públicas. Concibe la separación de poderes como un sistema que garantiza que el ejercicio del poder pueda limitarse en la medida en que los diversos órganos del poder público tengan funciones diferentes, y que éstas se encuentren perfectamente bien definidas en la Constitución y la ley. De tal modo, al definir de manera precisa las funciones del poder público en la Constitución y la ley, y al mantenerlas en cabeza de órganos diferentes, se estaría controlando el poder del Estado. (C-630/14).

De lo dicho por la Corte Constitucional se puede colegir, que la división de poderes está pensada, en un primer momento, como un elemento limitador de los posibles excesos en el marco de una democracia. Se puede pensar entonces, en una tridivisión de poderes que se autolimita y se autocontrola para evitar desequilibrios o desventajas persistentes en el ejercicio de gobierno. En consecuencia, se observa que esta concepción de la teoría de la división de poderes carece de aquella colaboración armónica de poderes, de la cual habla el artículo 113 de la Constitución Política de Colombia. Por lo tanto, la misma Corte Constitucional (2014) ha dicho lo siguiente:

Sin embargo, este modelo tiene dos problemas fundamentales. En primer lugar, la delimitación y separación funcional de los poderes públicos, por sí misma, no garantiza que los diferentes órganos del poder público respeten los derechos de los ciudadanos. Por el contrario, para garantizar que ello ocurra es menester que los diversos órganos del poder público ejerzan controles recíprocos, y para ello es necesario que haya una cierta medida de concurrencia o complementariedad en el ejercicio de sus funciones respectivas. En segunda medida, si bien los derechos típicamente liberales requieren limitar los poderes del Estado para garantizar el ámbito de libertad de las personas, los derechos de prestación requieren un aumento de la capacidad del Estado para garantizar su efectividad. En esa medida, un Estado comprometido con la necesidad de garantizar los derechos de sus ciudadanos requiere que haya tanto una concurrencia y complementariedad de funciones, como una cooperación entre los órganos del poder. (C-630/14)

En efecto, la sola separación de poderes no constituye la garantía para proteger los derechos constitucionales que se pactan en sociedad. Por el contrario, como lo avizora la Corte Constitucional, el segundo modelo tiene que ver con la cooperación entre los distintos poderes del estado, lo cual es fundamental para garantizar una democracia que garantice los derechos de las minorías y de los menos favorecidos. Como lo señalaron los constituyentes y como lo reseña la Corte, la colaboración armónica

entre poderes dinamiza la democracia, evita que las mayorías se impongan sobre las minorías violando derechos fundamentales, y evita la tiranía. A este respecto, la Corte Constitucional (2004) manifestó:

El modelo constitucional de frenos y contrapesos no presupone el equilibrio entre los órganos que detentan las funciones clásicas del poder público como consecuencia espontánea de una adecuada delimitación funcional. Por el contrario, el balance de poderes es un resultado que se realiza y reafirma continuamente, y que no puede relegarse a un control político contingente, eventual o accidental, cuyo resultado natural y obvio tiende a ser la reafirmación del poder en los órganos, autoridades o funcionarios que se estiman política y popularmente más fuertes (C-971/04)

En definitiva, la teoría de división de poderes sugiere no solo la existencia de controles mutuos entre los órganos de poder, sino también la dinamización de los poderes públicos entorno a generar colaboración, cooperación y concurrencia respecto de los derechos fundamentales a proteger, y a revitalizar la estructura del estado haciéndola más activa y deliberativa. Finalmente, la Corte Constitucional (2014) concluye de la siguiente forma:

En virtud de lo anterior es necesario concluir que el principio de separación de poderes no es absoluto. Por el contrario, nuestro sistema constitucional establece directamente herramientas que permiten ejercer controles recíprocos y otras que permiten desarrollar una cooperación armónica, y así mismo le permite al legislador crear mecanismos para el desarrollo de dichas herramientas. Sin embargo, al diseñar estas herramientas que permiten que los órganos del poder cooperen y se controlen mutuamente, el legislador no sólo debe respetar las esferas de competencias atribuidas por la Constitución a cada órgano del poder público, sino que debe además definir con precisión los respectivos ámbitos de competencias, y establecer las funciones correspondientes. (C-630/14)

En términos generales, la Corte Constitucional hace un especial énfasis en que la Constitución genera herramientas para entablar dichos elementos de cooperación y colaboración armónica entre poderes, lo que en consecuencia es necesariamente relevante en este trabajo investigativo porque precisamente lo que se quiere es determinar si efectivamente los poderes públicos, especialmente el legislativo y el judicial, en su ejercicio legítimo de gobierno o, en su relación armónica y de colaboración, hacen efectivos dichos elementos que son indispensables para aperturar el diálogo constitucional.

### **El principio de frenos y contrapesos desde el punto de vista norteamericano**

Como puede observarse, la teoría de la división de poderes fue complementada y pensada para organizar los poderes del Estado y dividirlos en especialidades que logran funcionar en cierto grado de optimización. Empero, el sistema de frenos y contrapesos es aquel que, según Hamilton, Madison, y Jay, permite un sistema de control, y dota de límites constitucionales a las ramas del poder para evitar posibles choques o conflictos entre estas estructuras de poder.

Entre tanto, como sugiere Ospina (2021):

Desde su enunciación paradigmática en el siglo XVIII, ambos principios (separación de poderes y frenos y contrapesos) han sido las bases del constitucionalismo liberal, influyendo incluso a filósofos como Kant, quien afirma que la constitución política de todos los Estados debe seguir el principio de separación de poderes y que los tres poderes deben estar tanto coordinados como subordinados entre sí. (p. 146)

En particular, Colombia no ha sido ajena a esta tradición filosófica y política pensada en Francia con Montesquieu en la época de la ilustración, y complementada por Hamilton, Madison y Jay en los Estados Unidos, en plena época independista norteamericana. Como lo afirma Gargarella (2014):

Las constituciones latinoamericanas tienen una fuerte influencia del proceso constitucional estadounidense. Si bien la independencia de Estados Unidos se da en condiciones distintas a la causa independentista de las naciones de América Latina, los juristas criollos vieron en la constitución americana (y en la discusión jurídica que la rodeó) una fuente de inspiración. (p. 157)

En ese marco, se analizarán los postulados básicos del principio de frenos y contrapesos desde el punto de vista norteamericano. Cabe señalar, que la teoría de la división de poderes *per se* ha sido desarrollada para distribuir los poderes públicos en diferentes órganos de poder, para que funcionen de manera independiente y autónoma, y también, para que dicha configuración tripartita de poderes pueda limitarse y controlarse entre sí, dotándose de herramientas y mecanismos que puedan evitar un posible desequilibrio de poder, a lo anterior se le conoce como el principio de frenos y contrapesos, o *check and balances* en inglés. De esta forma, Madison en la obra *El Federalista* estableció algunos argumentos que sustentaban la necesidad de que un Estado contara con un sistema de frenos y contrapesos, condición necesaria para evitar posibles conflictos entre los poderes públicos. Al respecto, sobre el sistema de frenos y contrapesos Madison (1788) dijo:

La mayor seguridad contra la concentración gradual de los diversos poderes en un solo departamento reside en dotar a los que administran cada departamento de los medios constitucionales y los móviles personales necesarios para resistir las invasiones de los demás. Las medidas de defensa, en este caso como en todos, deben ser proporcionadas al riesgo que se corre con el ataque. La ambición debe ponerse en juego para contrarrestar a la ambición. El interés humano debe entrelazarse con los derechos constitucionales del puesto. Quizás pueda reprocharse a la naturaleza del hombre el que sea necesario todo esto para reprimir los abusos del gobierno. ¿Pero qué es el gobierno sino el mayor de los reproches a la naturaleza humana?, Si los hombres fueran ángeles, el gobierno no sería necesario. Si los ángeles gobernaran a los

hombres, saldrían sobrando lo mismo las contralorías externas que las internas del gobierno.

(Como se cita en Gargarella, 2014, p. 126)

El apartado anterior permite una extensa reflexión sobre lo que James Madison dice y argumenta. En otras palabras, se puede inferir que la importancia del sistema de frenos y contrapesos, y para ir más allá, la teleología de la configuración y organización de los estados según Madison, es en parte necesaria, porque los hombres no son ángeles. Haciendo uso de la metáfora propuesta, se entiende que los hombres no son perfectos, irreprochables, insuperables, autosuficientes, y que en últimas en el momento de gobernar, se necesita de un sistema que pueda corregir dichas insuficiencias humanas. Por otro lado, se puede colegir que el sistema de frenos y contrapesos según las ideas norteamericanas dominantes en aquella época, estaba pensada bajo la dinámica de evitar el inminente conflicto entre poderes públicos, es decir, se establecía dicho sistema para prevenir los choques, y/o para contrarrestar el ataque de un poder sobre otro. Así lo afirma Gargarella (2014):

Por un lado, Madison dejó en claro, entonces, cuál era el objetivo del sistema institucional de frenos y contrapesos. El mismo, consciente con la idea general de evitar las mutuas opresiones, se concentraba en la propuesta de resistir la intromisión de una rama de gobierno sobre las demás. Para ello, optaba por una estrategia institucional de paz armada, que consistía en otorgar a cada uno de los poderes de gobierno armas contundentes (“medios constitucionales”), capaces de prevenir los posibles ataques de los demás. Dotados, cada uno de los poderes, de armas defensivas, todas las ramas de gobierno podrían sentirse igualmente poderosas e intimidadas ante el poder de las demás, y tenderían por tanto a no excederse, temerosas del potencial “disparo defensivo” de las demás. (p.p. 126-127)

En tal sentido, se puede entender que uno de los postulados básicos del surgimiento de los *check and balances* era limitar los excesos de los poderes públicos en su coexistencia mutua. Otro de los

postulados era prevenir los conflictos entre poderes dotándolos de herramientas defensivas para evitar un posible conflicto entre ellos, o alguna intromisión de un poder en el terreno de otro. Esta visión conflictiva del uso del poder, era propia del momento que vivía Estados Unidos (1780-1786) con las demandas de la ciudadanía por medio de las legislaturas locales, que emitían alguna forma de presión al ejecutivo para que aceptara sus demandas ciudadanas, estas demandas ciudadanas eran entre otras cosas: el mejoramiento económico y social del campesinado norteamericano que había apoyado la causa independentista, y que en plena época posindependencia se encontraban en desamparo y con altas deudas bancarias. Esta investigación, no se detendrá en el contenido de las demandas ciudadanas ni en los objetivos de las legislaturas locales como voz de la ciudadanía ante el ejecutivo. No obstante, se concentrará en algunos postulados filosóficos que dieron origen a una herramienta de *check and balances* promovida por el ejecutivo estadounidense para mitigar las demandas ciudadanas o bien, para contrarrestar el poder excesivo que tenían las legislaturas de aquel tiempo.

En consecuencia, y como lo afirma Gargarella (2012):

Las reacciones expresadas por la clase dirigente norteamericana frente a la particular coyuntura de 1780-1786 fueron traduciéndose poco a poco en una concepción más definida y articulada acerca de cómo funcionaba y cómo debía funcionar la política. Esta concepción combinó observaciones de sentido común con principios más filosóficos, que resultaron ser compartidos, a grandes rasgos, por la generalidad de los dirigentes norteamericanos (lo cual resulta especialmente relevante, dado que se trataba de un momento en el que dicha clase dirigente comenzaba a pensar en cómo organizar la sociedad con miras al futuro). (p.44)

Así entonces, la clase dirigente norteamericana soportada en principios filosóficos de grandes pensadores de la época como Jhon Locke, pensaba en un modelo de frenos y contrapesos que permitiera dotar al ejecutivo de herramientas para contrarrestar las demandas de las legislaturas. Uno

de esos principios, era propio de las ideas de Jhon Locke con las *verdades primarias* el cuál concibe que existan verdades que, aunque son autoevidentes no podían ser percibidas por todos, pues no todos tienen una misma capacidad de razonamiento. Igualmente, se defendía la postura de que las mayorías tienden a actuar irracionalmente, y se dejan llevar por sus pasiones en vez de la razón (refiriéndose a las legislaturas). Se afirmaba entonces una propensión estructural en toda organización colectiva hacia la irracionalidad.

De igual forma, en El Federalista Madison (1788) decía que “cuanto mayor es el número de integrantes de una asamblea, cualquiera que sea el carácter de los mismos, mayor es el predominio de la pasión sobre la razón”. (Como se cita en Gargarella, 2016, p. 46). Todo lo anterior, simplemente fueron las ideas introductorias que dieron origen a una teoría más robusta propuesta por el mismo Madison sobre los problemas de las mayorías, complementada en su libro “Vicios del sistema político”.

Durante este periodo de organización constitucional de los Estados Unidos de América, los principios políticos de la época y que inspiraron la constitución norteamericana fueron: evitar las tendencias facciosas de las mayorías, posibilitar que el sector mayoritario como el minoritario (el socialmente más aventajado), tuvieran igual capacidad de influencia dentro del sistema político. (Gargarella, 2012). En ese orden de ideas, la separación de poderes y el sistema de frenos y contrapesos se convirtieron en dos de los elementos que distinguían el proceso constituyente de los Estados Unidos, sobre todo, porque para los constituyentes de la época era muy importante que existiera un modelo de *check and balances* que pudiera contrarrestar el auge de las legislaturas del momento o de las mayorías legislativas. Durante las convenciones estatales se retomaron y reafirmaron las opiniones de los padres constituyentes de los Estados Unidos, se destacan a continuación algunas ideas relevantes respecto del modelo de *check and balances*:

La Convención de Pennsylvania, donde Thomas McKean (presidente de la Suprema Corte del Estado) sostuvo que la Legislatura debía ser controlada, entre otros, por los jueces, decidiendo en favor de la Constitución. McKean resultó inmediatamente respaldado por James Wilson (exparticipante de los debates constituyentes) quien, a su vez, afirmó que el legislativo debía ser restringido y mantenido dentro de sus límites, a través de la interposición del departamento judicial; la Convención de Connecticut, donde Oliver Ellsworth (también muy activo exmiembro de la Convención Constitucional) se refirió al departamento judicial como principal freno ante posibles extralimitaciones de la Legislatura; la Convención de Virginia, donde Patrick Henry elogió la capacidad judicial de oponerse a los actos inconstitucionales de la Legislatura, y John Marshall (futuro juez del caso *Marbury v. Madison*, el más importante en la historia de la revisión judicial de las leyes) ratificó el rol de los jueces como guardianes de la Constitución, señalando que no existía, además, otro cuerpo capaz de asumir el rol de protector de la Constitución. (Gargarella, 2012, p. 58)

Dentro del análisis, el proceso constituyente norteamericano fue relevante especialmente en la configuración de la teoría de la separación de poderes y el modelo de frenos y contrapesos. Este modelo, fue replicado masivamente por las constituciones de las naciones de América Latina, y aunque no fue un proceso totalmente similar, hoy las constituciones latinoamericanas cuentan con ciertos rasgos característicos de este modelo. De esta forma, podría pensarse que el modelo de *check and balances* nacido institucionalmente en los Estados Unidos fue pensado bajo una lógica confrontacional, de prueba de fuerza, de contrarrestar el poder de las mayorías bajo ideales del constitucionalismo liberal que surgió en Inglaterra a finales del siglo XVII. (Naranjo, 2003)

No obstante, no puede entenderse el proceso constituyente de los Estados Unidos como un proceso que únicamente logró consolidar ideas primigenias de Montesquieu (división de poderes), sino

que por el contrario rindió frutos en innovaciones propias del movimiento constitucional liberal como las que sugiere Naranjo (2003):

Los aportes de los Estados Unidos de Norteamérica al derecho público moderno también son de trascendental importancia. El haberse dado la primera constitución escrita, de carácter nacional, en el mundo, a través de la Constitución de Filadelfia de 1787. Ese documento que, resumía en cláusulas severas y concisas, los principios políticos y filosóficos de carácter liberal por los cuales venían luchando los hombres desde tiempos remotos, tuvo directa y marcada influencia sobre la conformación de las instituciones políticas de los nacientes Estados americanos y de muchos europeos a lo largo del siglo XIX. (p. 46)

En consecuencia, dotar a los estados de una constitución preferiblemente escrita, separar el ejercicio de los poderes en especialidades para evitar la concentración de dichos poderes en uno solo, consagrar y garantizar en constituciones los derechos y libertades individuales, otorgarle al pueblo la titularidad de la soberanía, y garantizar el derecho de propiedad como un derecho particularmente del individuo, fueron algunos de los aportes del proceso constituyente norteamericano.

### **Una división de poderes dialógica**

Como ya se ha visto, el modelo de división de poderes pensado para el proceso constituyente norteamericano se podría traducir en tres características fundamentales: a) fue pensado para limitar los tres poderes públicos y evitar excesos de las mayorías ciudadanas; b) en el ejercicio de limitar los excesos de las mayorías ciudadanas los poderes fueron dotados de mecanismos y herramientas que les permitieran contrarrestar un posible exceso de otro poder, en otras palabras, se dotaron de armas y artefactos de contraataque en aras de proteger la democracia contramayoritaria; y c) este modelo evitó un diálogo genuino entre poderes, privilegiando los elementos de choque y confrontación en el sistema constitucional norteamericano. Es preciso señalar, que ese modelo de frenos y contrapesos fue

replicado en las constituciones latinoamericanas, no de una manera exegética, sino de una manera más matizada. No obstante, particularmente en Colombia, se han impuesto ciertas herramientas agonales con relación a los poderes públicos, que por supuesto, han sido heredadas de la tradición constitucionalista estadounidense, que como ya se dijo antes, no se ha realizado un proceso de transcripción constitucional, sino más bien un proceso de inspiración constitucional.

En Colombia, existen mecanismos que favorecen la lógica confrontacional de poderes públicos, esto es, la moción de censura, el hiperpresidencialismo, el control de constitucionalidad, entre otros. No es el propósito de esta investigación profundizar acerca de estos mecanismos que agudizan la precariedad del diálogo entre las ramas del poder público, sino analizar si es posible desde una perspectiva diferente llamada “diálogo”, entender de una forma más deliberativa la interacción entre poderes, particularmente entre el legislativo y la Corte Constitucional.

Para este propósito, es indispensable preguntarse qué es el diálogo. Pues bien, según el Diccionario de la Real Academia Española se entiende por diálogo toda “plática entre dos o más personas, que alternativamente manifiestan sus ideas y afectos” (Real Academia Española, 2002). Ahora bien, desde el punto de vista constitucional, el diálogo es, ante todo:

Un ejercicio de argumentación en torno al contenido de la Constitución y a cómo interpretarlo. Esto incluye discusiones que tienen un componente jurídico constitucional pero que se refieren a cuestiones públicas de primera importancia. En otras palabras, no se trata de un ejercicio argumentativo de meros legalismos o formalidades jurídicas, sino de discusiones públicas sustantivas, como qué política ambiental corresponde que adopte la comunidad; qué política de salud promover; qué hacer en materia de aborto; qué, en materia de derechos sociales. La defensa de ese ejercicio de argumentación colectiva no implica la creencia que la vida es un seminario. Se da por sentado aquí que la disputa en torno a la constitución ocurre en las aulas,

en los periódicos, en los seminarios, pero también en las calles, en movilizaciones ciudadanas, en ejercicios de protesta, en situaciones de conflicto social severo. (Gargarella, 2021, p. 270)

En esa medida, Gargarella (2021) resalta:

Dialogar no implica una situación en la que otros deciden y nosotros aplaudimos; no es lo mismo que aceptar o rechazar lo que otros han decidido. Requiere foros que posibiliten la conversación y procedimientos que lo organicen, que favorezcan el intercambio de argumentos, la corrección mutua, la información transparente y completa para todos. (p. 271).

En tal sentido, Roberto Gargarella, uno de los constitucionalistas más respetados en América Latina a la hora de hablar de diálogo constitucional, ofrece un concepto interesante de diálogo que invita a repensar el funcionamiento de la democracia constitucional imperante en los países que cuentan con constituciones rígidas, donde los procesos de reforma constitucional son más complejos que la simple expedición de una ley ordinaria, lo anterior, con el objeto de garantizar estabilidad constitucional y perpetuidad de la Carta, sin que ello signifique, que la constitución no pueda ser objeto de análisis, modificaciones, correcciones y/o modificaciones. Entre tanto, la idea de que la división de poderes pueda asentarse en la definición de diálogo que aporta Gargarella tiende a parecer un poco contradictoria, en el sentido de que dicha teoría nace para evitar evidentemente dichas interacciones dialógicas entre poderes, como ya se ha explicado en los anteriores párrafos. No obstante, es menester reunir algunas ideas propias del constitucionalismo dialógico que permitirán analizar desde una perspectiva diferente el principio de división de poderes, especialmente para comprender cuál debe ser la interacción entre el Poder Legislativo, y el Poder Judicial, particularmente entre la Corte Constitucional colombiana, y el Congreso de la República de Colombia.

Con el ánimo de iniciar esta exposición de ideas dialógicas, es necesario aperturar el presente texto diciendo que la división de poderes se concibe dentro de la teoría del diálogo como un sistema de

carácter deliberativo, que invita al debate y construye el diálogo. Así lo explica Hübner refiriéndose al principio de división de poderes:

Esto supone que, además de ser una herramienta institucional que permite 1) compensar un poder con otro poder, y 2) distribuir funciones entre cuerpos diferenciados, también puede ser 3) un aparato deliberativo, un mecanismo que permita un chispeante intercambio de motivos interinstitucionales. A pesar de las obvias tensiones que podría suscitar con las otras dos, esta tercera característica no las excluye. Sencillamente hace hincapié en el hecho de que las distintas ramas del gobierno suelen tener en cuenta los motivos de las demás en su proceso de toma de decisiones. Esto, supone un tipo específico de valor que se suma a la lógica de control y equilibrio, así como a la división funcional del trabajo. (como se cita en Gargarella, 2014, p. 160)

De este modo, se percibe un problema desde el punto de vista democrático: los poderes públicos no deliberan entre sí, sino que se controlan unos a otros. Ello, ha profundizado la crisis que viven las democracias, específicamente, las que tienen un modelo de frenos y contrapesos pensado bajo una lógica agonal y confrontacional. Para ello, Hübner (2014) propone una *performance deliberativa*: se trata de que los Parlamentos y las Cortes tienen la legitimidad necesaria para sostener su actividad, en la medida en que participan del diálogo. En otras palabras, esta interacción permite que los poderes públicos puedan elegir diferir, esperar, o frente a un argumento mejor, desafiar a otra rama del poder público.

Esto indica, que, si se habla de una interacción deliberativa y dialógica entre poderes públicos en un sistema constitucional como el colombiano, implica el paso de una división de poderes de carácter defensivo y de atrincheramiento, a otra que facilita y comprende cargas mayormente deliberativas. No es el objeto de esta investigación detenerse en posibles reformas constitucionales al diseño institucional colombiano, sino exponer posibles virajes a la teoría de la división de poderes desde el punto de vista

teórico, analizando experiencias prácticas. Es esencial explicar, cómo lo afirma Hübner (2014), que la división de poderes deliberativa se caracteriza por ser un modelo en el que no hay un juez autoritario, ni un legislador tímido y sumiso, sino dos ramas del gobierno comprometidas en el ejercicio de la persuasión. En consecuencia, es improbable que este modelo evite la discusión y la contraposición de argumentos, o la disensión de razones. En efecto, el criterio diferenciador de esta nueva forma de analizar la teoría de la división de poderes, es que, aun habiendo esta carga de debate y discusión, no existe la presuposición de que una rama del poder goza de destrezas superiores que la otra.

En todo caso, en todas las decisiones que se tomen siempre debe existir un argumento que se imponga, una razón más sólida que el resto, una teoría más completa. En ese sentido, Hübner señala: “He sostenido que la institución que muestre un mejor desempeño deliberativo habrá de imponerse en la competencia por alcanzar el mejor argumento y tendrá legitimidad para desafiar a la otra (que es algo muy distinto de meramente desobedecerla)” (como se cita en Gargarella, 2014, p. 178). No obstante, la posibilidad de que los poderes públicos no lleguen a un acuerdo final, y que la decisión que se vaya a tomar sea cada vez más difícil porque es imposible salir del círculo de la argumentación, es cada vez inminente. Esta es una de las críticas que ha recibido la teoría del diálogo, que supone la división de poderes deliberativa. En contraposición, Rodríguez Peñaranda (2021) se ha perfilado como una de las contradictoras de los modelos dialógicos. Al respecto, señaló que el diálogo representa reformas a la cosa juzgada para evitar el cierre de la discusión, de esa forma mientras a los ciudadanos se les vulneran derechos, existe una tragedia de un diálogo infinito. En definitiva, Rodríguez argumenta que el constitucionalismo no puede quedar en meras aspiraciones teóricas, sino que el constitucionalismo dialógico es un diálogo imposible porque no es posible encontrarse con alguien que se encuentre en la misma posición que el adversario.

En segundo lugar, es pertinente analizar de qué forma las cortes constitucionales en el marco de la división poderes dialógica, pueden ser un catalizador deliberativo, y de qué forma se dará esta

deliberación alrededor de la convivencia de las ramas de gobierno. En principio, la democracia deliberativa solo puede hacerse efectiva según Del Castillo Longas (2014), cuando al momento de tomar una decisión pública resulta insuficiente el simple apoyo mayoritario de ésta, y en cambio es necesario que tal decisión haya sido precedida de una discusión pública, racional e incluyente. En este sentido, la democracia deliberativa se convierte en un elemento fundador de lo que hace la división de poderes deliberativa en la práctica: confronta argumentos, debate, escucha, razona, y conversa en pie de igualdad.

Según Bohman (1997), la expresión “democracia deliberativa” o “*deliberative democracy*”, fue acuñada en la década de los años ochenta, por el profesor norteamericano Joseph M. Bessette, en su texto *Deliberative democracy: the majority Principle in Republican Government*. (como se cita en Del Castillo Longas, 2014, p. 38). Así mismo, Bohman (1997), aduce que:

La concepción de democracia deliberativa es una respuesta alternativa a la visión liberal y elitista de la democracia, donde la política se asimila al mercado, en la medida en que compiten intereses opuestos representados por personas especialmente cualificadas para ello, y el papel del ciudadano común se limita a la participación a través del voto para elegir a tales representantes. Todo lo contrario, propone la deliberación pues, propicia espacios de debate directo, público e institucionalizado, a través de seminarios, foros y asambleas, con aspiraciones de diálogo genuino y de persuasión. (como se cita en Del Castillo Longas, 2014, p. 38)

Este ideal democrático solo es posible si desde el sistema institucional se propician las discusiones públicas y se incentiva al diálogo. Esta idea de la deliberación democrática se relaciona en paralelo con la pluralidad de pensamientos e ideologías que tienen las sociedades diversas y heterogéneas. A propósito, Rawls (1993) habla de la democracia consensual, al respecto señala:

Una sociedad democrática moderna se caracteriza no solo por la pluralidad de doctrinas comprensivas, ya sean religiosas, filosóficas y morales, sino también porque ese conjunto de doctrinas comprensivas razonables es un pluralismo de doctrinas que resultan incompatibles entre sí. Ninguna de esas doctrinas cuenta con el consenso de los ciudadanos en general. Ni tampoco debiéremos suponer que en un futuro previsible una de ellas, o alguna otra doctrina razonable, algún día sea suscrita por todos o casi todos los ciudadanos de una sociedad. (p.p. 11-12)

En una sociedad democrática, es indispensable que existan pluralidad de conceptos y razonamientos que se tienen sobre algo o alguien. Jhon Rawls, habla de las doctrinas comprensivas como aquel conjunto de ideas razonables que tienen los ciudadanos que son libres e iguales desde el punto de vista democrático. De esta forma, tomar decisiones públicas que se dicen democráticas, sin la convocación de la ciudadanía, sin la apertura al diálogo entre las ramas del gobierno, y sin tener en cuenta a los grupos potencialmente afectados por aquella decisión, es contrariar el espíritu de la deliberación democrática. Por otra parte, Nino (2003) ofrece un concepto de democracia ideal, donde afirma:

Si todos aquellos que pueden ser afectados por una decisión han participado en la discusión y han tenido una oportunidad igual de expresar y justificar una solución a un conflicto, ésta será muy probablemente imparcial y moralmente correcta siempre que todos la acepten libremente y sin coerción (p. 166)

Si bien las decisiones emanadas de las ramas del gobierno, tienden cada vez más a preocuparse por ser tomadas bajo criterios de pluralismo e inclusividad, es cierto, que la relación conversacional que existe entre los parlamentos y las cortes constitucionales es insuficiente desde el punto de vista dialógico y democrático (más adelante se demostrarán descriptivamente las insuficiencias dialógicas).

No obstante, Hübner (2018) describe cómo debe ser la deliberación de las cortes constitucionales, en ese marco, señala que las cortes constitucionales se han convertido en promotoras de razones públicas y promotoras del diálogo, no obstante, aún carecen de ser verdaderos órganos deliberativos, y en todo caso, una Corte Constitucional que solo sea proveedora de razones, pierde de vista un fenómeno más amplio: la legitimidad democrática. En consecuencia, Hübner (2018) señala que la deliberación si existe en las Cortes, pero solo al interior de las mismas. Al respecto argumenta que “los jueces deliberan, internamente, en aras de arribar a un arreglo consensuado y, externamente, en la medida en que exponen su decisión al público”. (p. 119). Entre tanto, el déficit democrático se encuentra una vez las cortes constitucionales exteriorizan sus razones públicas. Por ello, el mismo Hübner (2018) habla de un tipo de Corte Constitucional ideal que práctica tres fases deliberativas: 1) predecisional, 2) decisional, y 3) posdecisional. En ese marco, la fase predecisional podría verse como aquella que abre el espacio para la discusión pública, abre el debate, escucha argumentos, refuerza la contextualización de los casos, y razona con los potencialmente afectados. Por otro lado, la fase decisional es aquella en donde el cuerpo colegiado decide con base a la deliberación interna. Y, por último, la fase posdecisional es la deliberación escrita y exteriorizada.

Entre tanto, es indispensable que las cortes constitucionales dialoguen y deliberen, pero ha de tenerse en cuenta un aspecto fundamental: quiénes son los autorizados para deliberar. En primer lugar, los potencialmente afectados, los jueces, y la comunidad en general por medio de sus representantes directos. Así señala Hübner (2018):

Es preciso discernir sobre quiénes van a deliberar, pues los tomadores de decisiones (en este caso, los jueces) y los interlocutores son los dos tipos de deliberadores pertinentes. La comunidad de interlocutores incluye a todos los actores sociales que, formal o informalmente, presentan los argumentos públicos ante la Corte y expresan posiciones públicas respecto a los

casos que se están decidiendo. Ellos proporcionan argumentos externos para la decisión judicial y pueden influir, así como persuadir, pero no deciden. (p. 132)

Puede verse, como para Hübner (2018) la comunidad no decide, no tiene la última palabra. Aquella situación es especialmente problemática para los promotores del diálogo constitucional, ya que las decisiones a las cuales se les atribuye la última palabra a las Cortes, no son consideradas espacios dialógicos, sino de mera escucha. En definitiva, la división de poderes dialógica plantea que las ramas del gobierno y las instituciones de una democracia constitucional, sean cada vez más deliberativas. En particular, en el marco de la teoría del diálogo entre poderes, las cortes constitucionales son legítimas en la medida en que construyan mecanismos que incentiven al diálogo. Como ya se ha visto, una Corte Constitucional dialógica no solo puede concebirse como aquella que solo da razones públicas, y es interlocutora, sino que se convierte en una institución plausiblemente deliberante, en la medida en que abre espacio al debate público en pie de igualdad.

Finalmente, en las democracias constitucionales la interacción de poderes resulta inevitable. Las relaciones entre poderes suscitadas en un marco de ejercicio del gobierno, puedan llegar a ser confrontacionales, riesgosas para la democracia deliberativa, y contrarias a la inclusión de ideas diversas contenidas en el seno ideológico de una sociedad puramente heterogénea, y que se dice democrática. En palabras de Hübner (2014), la interacción deliberativa entre los poderes públicos supondría una conquista; la interacción puramente competitiva resulta ser una pérdida. En ese sentido, se puede aumentar la probabilidad de que una sociedad democrática produzca buenas decisiones, sin evitar los errores que puedan llegar a darse en la justicia constitucional. Sería erróneo afirmar que una interacción deliberativa elimina la posibilidad de que se cometan errores, sino que lleva al máximo la idea democrática de encontrar respuestas correctas o razonables, bajo los parámetros del diálogo.

## CAPÍTULO II: LAS FORMAS DE DIÁLOGO ENTRE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EL PODER LEGISLATIVO EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL COLOMBIANO

### El litigio estructural de la Corte Constitucional colombiana

El objeto del presente capítulo es analizar algunas formas dialógicas promovidas por la Corte Constitucional colombiana con relación a algunas instituciones democráticas. Desde luego, el propósito de este capítulo no es valorar la deseabilidad del diálogo promovido por la Corte (situación que se estudiará más adelante), sino explicar algunos incentivos a la deliberación democrática que se han suscitado en el ejercicio de las funciones que tiene la Corte. En consecuencia, se abordarán tres formas de incentivar el diálogo constitucional: el litigio estructural, las sentencias de exhorto, y finalmente, las audiencias públicas.

En primera medida, es de recibo establecer que las Cortes Constitucionales en el marco de la teoría del diálogo deberían estar siempre preocupadas por establecer la deliberación democrática entre las diferentes instituciones del Estado. En ese sentido, se abordará la perspectiva de justicia dialógica o experimental que tiene la Corte desde la *lege data* (asumiendo la constitución existente, la cual cuenta con un modelo robusto de justicia constitucional, en el que la misma Corte Constitucional tiene la última palabra). En cuanto a las formas de diálogo promovidas por la Corte, en primera instancia, se ha establecido un tipo de diálogo interinstitucional denominado “litigio de reforma estructural” o “la declaratoria del estado de cosas inconstitucional”. En palabras de Linares (2014), este tipo de diálogo es de naturaleza no dialéctica. El litigio de reforma estructural es una figura jurídico-constitucional que dota a los jueces de cierto poder de agenda política, esto es, tienen la capacidad de constreñir a las autoridades representativas para que aborden y den solución a ciertos problemas, pero en principio no imponen una decisión particular a las entidades representativas. Bajo el litigio estructural las Cortes

pueden incentivar a un diálogo continuado con las autoridades políticas antes, durante y después de que tomen una decisión (Linares, 2014).

Por otra parte, este tipo de litigio estructural que ha abordado la Corte Constitucional colombiana ha sido definido como:

Un mecanismo o técnica jurídica creada por la Corte Constitucional, mediante la cual declara que ciertos hechos resultan abiertamente contrarios a la Constitución, por vulnerar de manera masiva derechos y principios consagrados en la misma, en consecuencia, insta a las autoridades competentes, para que en el marco de sus funciones y dentro de un término razonable, adopten las medidas necesarias para corregir o superar tal estado de cosas. (Quintero, et al., 2011, p. 72)

A su vez, la Corte Constitucional (2004) enumera los factores que se deben tener en cuenta para determinar cuando existe un estado de cosas inconstitucional:

La vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas. La prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos. La adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado. La no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. La existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante. El hecho de que, si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial. (T-025/04)

Estos seis casos, pueden ser resumidos en dos factores esenciales, el primero son las condiciones de proceso: fallas estructurales en las políticas públicas del país; y el segundo son las condiciones de resultado: violación masiva y sistematizada de los derechos fundamentales de un número indeterminado de personas. (Garavito, 2009). De este modo, es preciso reconocer que como lo afirma Ovaes (2021), “en América Latina, región donde predominan los modelos robustos de control judicial de constitucionalidad de leyes, el primer tribunal constitucional en participar en prácticas dialógicas fue la Corte Constitucional colombiana, en los casos de litigio de tipo estructural”. (p. 224). Desde esa perspectiva, se tiene que el litigio de tipo estructural o como lo denomina la Corte Constitucional colombiana “el estado de cosas inconstitucional”, es un mecanismo importante al momento de abrir las puertas al diálogo entre la justicia y las autoridades representativas. En el caso colombiano, la declaratoria del estado de cosas inconstitucional ha sido una figura especialmente innovadora, puesto que la Corte asume un rol protagónico en defensa de los sectores más vulnerables del país, y mediante el fallo, la misma Corte genera un escenario de conversación entre las autoridades públicas, con el objeto de modificar una realidad contraria a los principios de la Carta de 1991.

A continuación, es de vital importancia subrayar al menos tres casos concretos en los cuales la Corte Constitucional colombiana ha declarado el estado de cosas inconstitucional. En primer lugar, mediante sentencias T-153 de 1998 y T-606 de 1998 se declaró el estado de cosas inconstitucionales en el sistema carcelario en Colombia y sobre el derecho a la salud de las personas privadas de la libertad, en centros de reclusión. En esta ocasión la Corte se enfrenta a un problema de violación sistemática de derechos constitucionales, en el entendido de que se presentaba una situación en la que había una población de 42.118 personas privadas de la libertad con un índice de hacinamiento del 44%, según lo argüía la misma Corporación. Lo anterior representaba la existencia de vulneración de derechos en materia sanitaria, asistencia en servicios básicos, resocialización, y la ausencia de las más mínimas

condiciones para llevar una vida digna en la prisión. Al respecto la Corte Constitucional (1998) se manifestó frente al hacinamiento de las cárceles en el país de la siguiente forma:

Durante muchos años, la sociedad y el Estado se han cruzado de brazos frente a esta situación, observando con indiferencia la tragedia diaria de las cárceles, a pesar de que ella representaba día a día la transgresión de la Constitución y de las leyes. Las circunstancias en las que transcurre la vida en las cárceles exigen una pronta solución. En realidad, el problema carcelario representa no sólo un delicado asunto de orden público, como se percibe actualmente, sino una situación de extrema gravedad social que no puede dejarse desatendida. Pero el remedio de los males que azotan al sistema penitenciario no está únicamente en las manos del INPEC o del Ministerio de Justicia. Por eso, la Corte tiene que pasar a requerir a distintas ramas y órganos del Poder Público para que tomen las medidas adecuadas en dirección a la solución de este problema. (T-153/98)

La Corte Constitucional (1998) en este fallo, convocó a los siguientes actores políticos:

El Presidente de la República, a los presidentes del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, a los presidentes de la Sala Penal de la Corte Suprema Justicia y de las Salas Administrativa y Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, al Fiscal General de la Nación, a los gobernadores y los alcaldes, a los presidentes de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales, y a los personeros municipales para que mediante la adopción de políticas públicas e instrumentos constitucionales y legales elaboraran estrategias de índole administrativa, social, económica, jurídica, y cultural que permitieran reivindicar y superar el estado de vulneración de derechos fundamentales de la población carcelaria en el país. (T-153/98)

En segundo lugar, mediante sentencia T-590 de 1998, se declaró el estado de cosas inconstitucionales por la omisión del Estado de adoptar medidas para garantizar los derechos de los defensores de derechos humanos. El caso concreto se refiere a la acción de tutela instaurada por el ciudadano Esteban Cancelado, con la finalidad de que se le protegiera su derecho fundamental a la vida, el ciudadano en sus argumentos sostenía que corría peligro en el sitio de reclusión en el cual se encontraba porque debido a su trabajo concreto como defensor de derechos humanos corría mayor peligro su vida. En su criterio, el patio de la cárcel Modelo, en el cual estaba recluso, aunque se diga de máxima seguridad, no ofrecía las garantías suficientes para protegerse de ataques propiciados por grupos de personas a las cuales él acusó como defensor de los derechos humanos y que se hallan también en patios vecinos de La Modelo. El accionante presentó pruebas y demostró su calidad de defensor de derechos humanos, y comprobó la negativa del INPEC (Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario) para conceder su traslado. La Corte Constitucional (1998) en este complejo caso de violación de derechos fundamentales, acordó que:

La discrecionalidad del INPEC no puede ser absoluta en este caso muy excepcional y su negativa implica una violación a derechos fundamentales de igualdad y de la vida. Luego, debe prosperar la tutela, con la advertencia, claro está, de que el INPEC tomará todas las medidas necesarias para la vigilancia del recluso, no sólo para protegerle la vida sino para que se cumpla con la reclusión ordenada por los jueces. (...). Por último, no puede esta Sala de Revisión pasar por alto la grave situación en que se hallan los defensores de los derechos humanos. Por eso, se hará un llamado a prevención a las autoridades que constitucionalmente tienen la función de establecer políticas de guarda, promoción y protección de los derechos humanos, estas normas no son de simple carácter programático, sino que deben cristalizarse en realizaciones. Pero, la obligación no solo es para las autoridades de la Procuraduría y de la Defensoría del Pueblo, sino para todas las personas que habitan en Colombia. (T-590/98).

En consecuencia, la Corte convocó a la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, al INPEC, y al Ministerio del Interior, para que, en el ejercicio de sus funciones constitucionales y legales, realizaran acciones que previnieran la continua y sistemática vulneración de derechos constitucionales de los defensores de derechos humanos en el país. Y, en tercer lugar, la Corte mediante sentencia T-025 de 2004, declaró el estado de cosas inconstitucional por la violación de los derechos de la población desplazada en Colombia. En esta ocasión la Corte (2004) adujo que, en razón de esta multiplicidad de derechos constitucionales afectados por el desplazamiento, y atendiendo a las aludidas circunstancias de especial debilidad, vulnerabilidad e indefensión en la que se encuentran los desplazados, esta población cuenta, en términos generales, con un derecho a recibir en forma urgente un trato preferente por parte del Estado. En estas circunstancias, la Corte Constitucional (2004) expresó:

Varios elementos confirman la existencia de un estado de cosas inconstitucional respecto de la situación de la población internamente desplazada. En primer lugar, la gravedad de la situación de vulneración de derechos que enfrenta la población desplazada fue expresamente reconocida por el mismo legislador al definir la condición de desplazado, y resaltar la violación masiva de múltiples derechos. En segundo lugar, otro elemento que confirma la existencia de un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado, es el elevado volumen de acciones de tutela presentadas por los desplazados para obtener las distintas ayudas y el incremento de las mismas. En tercer lugar, los procesos acumulados en la presente acción de tutela, confirma ese estado de cosas inconstitucional y señalan que la vulneración de los derechos afecta a buena parte de la población desplazada, en múltiples lugares del territorio nacional y que las autoridades han omitido adoptar los correctivos requeridos. En cuarto lugar, la continuación de la vulneración de tales derechos no es imputable a una única entidad. (...). En conclusión, la Corte declarará formalmente la existencia de un estado de cosas inconstitucional relativo a las condiciones de vida de la población internamente desplazada. Por ello, tanto las

autoridades nacionales como las territoriales, dentro de la órbita de sus competencias, habrán de adoptar los correctivos que permitan superar tal estado de cosas. (T-025/04)

A su vez, la Corte convocó al Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, a los Ministros de Hacienda y Crédito Público y del Interior y de Justicia, así como el director del Departamento Nacional de Planeación para que implementarán medidas puntuales para superar la sistemática violación de derechos fundamentales. El litigio de tipo estructural de la Corte Constitucional colombiana ha sido una figura de gran importancia en la salvaguarda de los derechos constitucionales. De este modo, en el marco de que las cortes constitucionales promuevan el diálogo interinstitucional, este es un canal propicio que permite el involucramiento de distintos órganos de poder alrededor de las decisiones judiciales.

### **Las sentencias de exhorto**

Como ya se ha visto, la Corte Constitucional colombiana ha implementado en su jurisprudencia constitucional el mecanismo de la declaratoria del estado de cosas inconstitucional. En virtud de ello, la Corte ha incentivado en una gran medida a la colaboración armónica entre poderes estableciendo una interacción de poderes sutilmente dialéctica, en el entendido que sus decisiones judiciales invitan a la acción y cooperación de distintos órganos de poder. En esa medida, surge otro mecanismo que ha suscitado grandes debates en el contexto constitucional colombiano: el exhorto de la Corte Constitucional. Las sentencias de exhorto de la Corte Constitucional surgen en un contexto en el que confluyen, por una parte, un legislador tímido y sumiso, y por otra, un silencio legislativo. En ese orden de ideas, Ospina (2018) argumenta:

Hay veces, sin embargo, en las que el órgano legislativo no realiza adecuadamente su función y sobrepasa los límites formales o sustantivos de su actuar. Por eso, se ha conferido a los tribunales constitucionales una serie de competencias para invalidar la disposición mediante la

cual se quebrantan estos límites. A través del control de constitucionalidad de las leyes (en Colombia la acción pública de constitucionalidad) se ha permitido que los tribunales constitucionales revisen la constitucionalidad de los actos realizados por el legislativo (...) así como el legislador puede quebrantar la constitución al actuar, también lo puede hacer al no actuar. (p.p. 559-560)

En tal sentido, de la omisión legislativa emergen las sentencias de exhorto de la Corte Constitucional. Entiéndase la omisión legislativa o inconstitucionalidad por omisión como lo explica Bazán (2017), cuando se habla de una inconstitucionalidad por omisión se hace referencia a la falta o insuficiencia de desarrollo de una disposición constitucional por parte del legislativo, es decir, cuando existe un mandato expreso, y que, de aquello, se deriva una situación contraria a la constitución. En otras palabras, el órgano legislativo no tiene el poder de decidir si legisla o no, siempre y cuando de aquella situación se derive una violación de derechos constitucionales. Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, ha ampliado el concepto de las omisiones legislativas. Al respecto ha diferenciado dos clases de omisiones: omisión legislativa relativa, y omisión legislativa absoluta.

En consecuencia, la Corte Constitucional (2020) ha dicho que las omisiones legislativas relativas se presentan cuando el legislador, “al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella” (C-122). Por otro lado, la Corte Constitucional (2010) ha argumentado que existe una omisión legislativa absoluta cuando el legislador incumple una obligación derivada de la Constitución, que le impone adoptar determinada norma legal (...) está ligado, cuando se configura, a una obligación de hacer, que supuestamente el Constituyente consagró a cargo del legislador, el cual sin que medie motivo razonable se abstiene de cumplirla, incurriendo con su actitud negativa en una violación a la Carta” (C-173/10).

En otras palabras, la omisión relativa surge cuando el legislador si regula sobre la materia, pero su regulación es parcial, es incompleta e insuficiente. Por su parte, la omisión absoluta se da cuando no existe regulación normativa alguna, y esto genera vulneraciones de derechos fundamentales, se trata entonces, de una omisión total. De este modo, en constituciones de países como Portugal, Hungría, Brasil, Venezuela, Ecuador, Costa Rica, República Dominicana y, Colombia (Velandia, 2014), se ha estudiado sobre el papel de los tribunales constitucionales para evitar y contrarrestar los silencios del legislativo. De tal suerte, en estos países se han perfilado al menos tres formas de solucionar el problema de las omisiones legislativas: exhortar al Poder Legislativo, llenar los vacíos producidos por las omisiones legislativas (mediante la declaración de constitucionalidad condicionada) y, por último, actuar como un verdadero legislador. En este apartado, se analizará la primera forma: las sentencias de exhorto de la Corte Constitucional al Legislativo.

En virtud de ello, exhortar es un acto del juez constitucional para evitar violaciones totales y parciales a los derechos consagrados en la constitución. Eso indica, que el juez constitucional reconoce que en su órbita de poder no está el legislar o regular las disposiciones constitucionales, sino que reconoce la función constitucional que le ha delegado la Carta Política al Congreso de la República. En otras palabras, no se arroja una legitimidad que no le corresponde. Es por ello, que hace uso de este mecanismo someramente dialéctico que permite un intercambio de ideas y razones entre los distintos órganos de poder, con miras a solucionar el vacío legislativo sobre la materia. Según un estudio de Daniel Felipe Ospina Celis, sobre el impacto que han tenido las sentencias de exhorto de la Corte Constitucional en el terreno del legislativo, este permite dilucidar algunos puntos de diagnóstico preliminar. El primero de ellos, tiene que ver con señalar que el exhorto de la Corte es un mecanismo que inició siendo poco frecuente, pero que en el pasado reciente va en crecimiento. Así lo reseña la siguiente tabla, donde se puede visualizar la cantidad de exhortos legislativos que ha hecho la Corte Constitucional desde el año 1992 al año 2017.

**Tabla 1***Año de las sentencias de exhorto legislativo*

	<b>1992-1999</b>	<b>2000-2009</b>	<b>2010-2017</b>
<b>Sentencias de exhorto de la Corte Constitucional</b>	C-473 de 1994	T- 1337 de 2001	C- 283 de 2011
	C-221 de 1997	C- 1018 de 2002	C- 366 de 2011
	C-239 de 1997	C- 828 de 2002	C- 577 de 2011
	T-889 de 1999	T- 729 de 2002	C- 818 de 2011
		T- 891 de 2003	T- 171 de 2011
		C- 016 de 2004	C- 1053 de 2012
		T- 1090 de 2005	C- 489 de 2012
		C- 699 de 2007	SU- 458 del 2012
		C- 720 de 2007	T- 087 de 2012
		SU- 813 de 2007	C- 792 de 2014
		T- 418 de 2007	C- 796 de 2014
		C- 230 de 2008	C- 871 de 2014
		C- 691 de 2008	T- 476 de 2014
		C- 145 de 2009	T- 970 de 2014
		C- 442 de 2009	T- 074 de 2015
		C- 684 de 2009	T- 099 de 2015
		C- 728 de 2009	T- 111 de 2015
		T- 926 de 2009	T- 540 de 2015
			T- 603 de 2015
			T- 762 de 2015
		T- 774 de 2015	
		C- 026 de 2016	
		C- 330 de 2016	
		T- 512 de 2016	
		C- 212 de 2017	

Nota: La tabla evidencia la cantidad de exhortos legislativos que ha realizado la Corte Constitucional desde el año 1992 hasta el año 2017. Adaptado de “El exhorto al legislador en Colombia, y su eficacia como mecanismo de colaboración armónica entre las ramas”, Por Ospina Celis, *Revista Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 2018. (<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/36902/33821>).

En ese sentido, puede señalarse que los exhortos legislativos realizados por la Corte Constitucional al inicio de su vida constitucional fueron excesivamente prudentes y poco constantes. No obstante, a lo largo de los años este proceso ha aumentado su frecuencia y está en crecimiento. (ver Tabla 1). Así mismo, se puede observar que aumenta progresivamente el número de exhortos proferidos por la Corte, por lo menos, seis veces más que los exhortos de la década de los años noventa. A su vez, hay que decir que no existe una clase de sentencias donde la Corte tienda a proferir mayormente exhortos legislativos, pues, tanto en sentencias de tutela, como en las de constitucionalidad la Corte ha utilizado la figura en mención. El segundo aspecto importante a señalar, es si efectivamente las sentencias de exhorto como mecanismo dialógico cumplen su cometido. Es decir, si el Congreso de la República efectivamente llena el vacío legislativo que se le indilga, o si finalmente, el exhorto genera alguna acción por parte del legislador. (ver Tabla 2)

**Tabla 2**

*Casos en los que el Congreso de la República ha cumplido.*

Número de casos	Sentencia	Materia	Actuación del Congreso
1	C-221 de 1997	Régimen de regalías para la extracción de arena, cascajo y piedra del lecho de los ríos.	Ley 658 del 2001 (Código de Minas) y Ley 756 del 2002.
2	T-889 de 1999	Tenencia razas de perros problemáticas	Ley 746 del 2002.
3	T-1337 de 2001	Seguro de cumplimiento	Ley 986 del 2005.
4	T-229 del 2002	Habeas data	Ley 1581 del 2012.

5	T-891 de 2003	Secuestro de niños y Convenio de la Haya	Ley 1098 del 2006. (Código de Infancia y Adolescencia)
6	C-016 de 2004	Inasistencia alimentaria en unión marital de hecho.	Ley 1181 del 2007.
7	T-1090 de 2005	Segregación racial	Ley 1482 del 2011.
8	C-699 de 2007	Régimen de insolvencia para persona naturales no comerciantes.	Ley 1380 del 2010. (Declarada inexecutable por la Sentencia C-685 del 2011).
9	C-720 de 2007	Retención preventiva y expedición un Código de Policía.	Ley 1801 del 2016. (Código de Policía).
10	SU-813 de 2007	Vivienda digna y democratización del crédito.	Ley 1537 del 2012.
11	C-230 de 2008	Armonizar el Código Electoral con la Constitución de 1991.	Ley 1475 del 2011.
12	C-728 de 2009	Objeción de conciencia frente al servicio militar.	Ley 1861 del 2017.
13	C-818 de 2011	Derecho de petición.	Ley 1755 del 2015. (Expedida seis meses después de que se venciera el plazo dado por la Corte Constitucional)
14	C-871 de 2014	Pago de prima de servicios para trabajadores y trabajadoras domésticas.	Ley 1788 del 2016.

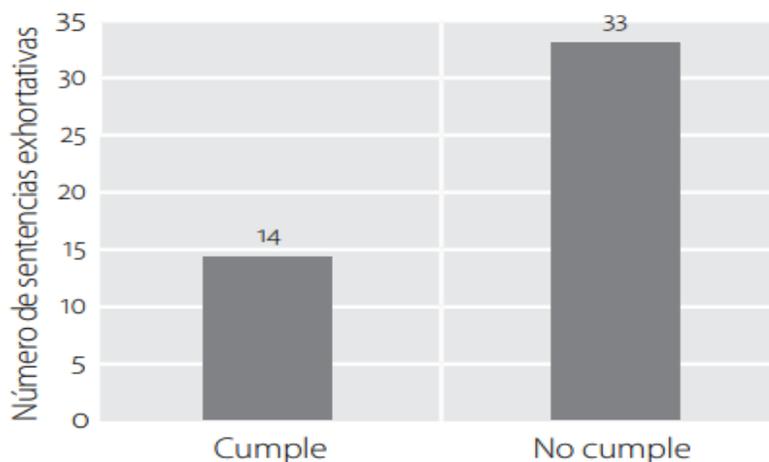
Nota: La tabla evidencia las acciones legislativas del Congreso de la República como consecuencia del exhorto legislativo discriminadas por temas y ley que expide el legislador. Adaptado de "El exhorto al legislador en Colombia, y su eficacia como mecanismo de colaboración armónica entre las ramas", Por Ospina Celis, *Revista Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 2018. (<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/36902/33821>).

Puede dilucidarse en la Tabla 2 que solo en algunas ocasiones el Congreso de la República cumple el exhorto legislativo que le hace la Corte Constitucional. En ese sentido, puede observarse en la

Figura 1 que de todas las cuarenta y ocho sentencias exhortativas que le hace la Corte al Congreso, solo en catorce ocasiones el legislador cumple con lo establecido en el exhorto.

**Figura 1**

*Cumplimiento e incumplimiento de las sentencias de exhorto.*



**Nota:** La figura demuestra el cumplimiento e incumplimiento del legislador respecto del exhorto legislativo. Adaptado de “El exhorto al legislador en Colombia, y su eficacia como mecanismo de colaboración armónica entre las ramas”, Por Ospina Celis, *Revista Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 2018. (<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/36902/33821>).

Finalmente, de los datos obtenidos se puede colegir que el cumplimiento del Congreso de la República en las sentencias exhortativas de la Corte Constitucional no solo es insuficiente sino precario. No obstante, según lo afirma Ospina (2018), se cree que el Congreso nunca atiende los exhortos y tampoco es verdad. Si bien no existe un cumplimiento sistemático que permita concluir que el Congreso está comprometido con las sentencias de exhorto, tampoco se encuentra una inactividad total. Lo anterior, admite que se pueda decir que este mecanismo dialéctico funciona de forma exigua, y aunque en ocasiones es un proceso exitoso, vale la pena preguntarse si este proceso surge como consecuencia de la inactividad legislativa y de la confrontación entre la Corte Constitucional y el Congreso, o es una herramienta de verdadera colaboración armónica entre poderes y de diálogo genuino interinstitucional.

### **Las audiencias públicas de la Corte Constitucional colombiana**

Según lo expresa Hübner (2018), “la cuestión del tamaño óptimo de un foro deliberativo define una de sus características cruciales y circunscribe lo que tal foro puede plausiblemente ser o aquello que se puede esperar del mismo” (p. 180). Lo anterior, es indispensablemente una característica de la deliberación democrática, tiene que ver con el número de agentes que son tenidos en consideración al momento de la toma de decisiones públicas. No obstante, el mecanismo de las audiencias públicas en el caso colombiano, no es un medio en el que todos toman la decisión, sino donde la Corte Constitucional toma la decisión basada o no en argumentos y razones técnicas y científicas de los intervinientes convocados a la audiencia pública. El espíritu de que los tribunales constitucionales celebren audiencias públicas, es que los órganos judiciales cuenten con credenciales democráticas favorables y legítimas.

Como lo afirma Hübner (2018):

A medida que el grupo crece, mayor será la probabilidad de que alguien exprese su desacuerdo y, aunque no esté a punto de llegar a un consenso al final, se podrá refinar las posiciones en conflicto. Los grupos más grandes, por otra parte, tienden a aumentar considerablemente la cantidad y calidad de la información disponible. Sin embargo, estas ganancias epistémicas con el tamaño no son ilimitadas. En cierto punto, el grupo puede llegar a ser tan grande como para inhibir el intercambio productivo de información por medio de la deliberación, subestimando así los beneficios informativos de un tamaño más grande (p. 181).

Las audiencias públicas celebradas por la Corte Constitucional colombiana están reguladas por el Decreto Ley 2067 de 1991 “Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional” y el Acuerdo 02 del 2015 “Por medio del cual se unifica y actualiza el Reglamento de la Corte Constitucional” desde los artículos 66 al 73. El artículo 67 del Acuerdo 02 del 2015 señala:

La Sala Plena de la Corte, a solicitud de cualquier Magistrado, por mayoría de los asistentes y teniendo en cuenta los antecedentes del acto objeto de juzgamiento constitucional y la importancia y complejidad de los temas, convocará a audiencia pública a las personas que deban intervenir en ellas de acuerdo con la ley y fijará su fecha, hora y lugar. Las citaciones a las personas y la organización de la audiencia corresponderán al Magistrado sustanciador.

En ese sentido, las audiencias públicas que celebra la Corte Constitucional deben surtir, entre otras cosas, por causa de la complejidad del asunto, y la dificultad de precisión técnica respecto de un tema que podría ser lejano para la sapiencia de los jueces constitucionales. La teleología de las audiencias públicas es escuchar a poderes públicos, instituciones políticas y/o ciudadanía como agentes expertos, interesados y afectados por la decisión judicial a tomar. Dentro del análisis de las audiencias públicas como mecanismos de diálogo, es de recibo mencionar algunos resultados descriptivos al respecto de la celebración de las mismas. El Centro de Investigaciones Sociojurídicas CIJUS (2022), de la Universidad de los Andes en una investigación titulada “Las audiencias públicas en la Corte Constitucional colombiana”, analizó el comportamiento desde 1992 al 2021 de las audiencias públicas celebradas por la alta corporación, y preliminarmente, se puede concluir que las audiencias públicas constituyen una práctica discrecional, en crecimiento, episódica, y coyuntural.

Es una práctica discrecional porque así está establecida legalmente (la Corte decide cuándo convoca o no a una Audiencia). Está en crecimiento porque desde 1992 hasta el 2021 se encuentra una mayor cantidad de realización de audiencias, particularmente, en la última década. Y finalmente, es episódica porque es difícil encontrar un criterio que permita explicar cuándo la Corte realiza una Audiencia y cuándo no, todo parece responder a la coyuntura. La Corte dirige y controla la participación en las audiencias públicas, porque decide si la convoca o no, a quién invita, qué le pregunta, y cuánto tiempo lo deja intervenir. (ver Tabla 3)

**Tabla 3**

*Las veces en que la ciudadanía, los poderes públicos o instituciones públicas le pidieron a la Corte realizar audiencias públicas, y las veces en que la Corte convocó audiencias públicas de oficio.*

Año	Solicitud externa	Aprobadas	Oficio	Año	Solicitud externa	Aprobadas	Oficio	Año	Solicitud externa	Aprobadas	Oficio
1992	-	-	-	2001	-	-	-	2010	-	-	-
1993	-	-	-	2002	-	-	-	2011	-	-	-
1994	-	-	-	2003	-	-	1	2012	-	-	1
1995	-	-	-	2004	-	-	-	2013	-	-	-
1996	1	-	-	2005	-	-	-	2014	2	2	2
1997	-	-	1	2006	-	-	-	2015	1	1	1
1998	1	1	-	2007	2	-	-	2016	4	3	2
1999	2	-	-	2008	-	-	-	2017	1	1	4
2000	2	-	-	2009	-	-	-	2018	1	1	2
								2019	4	4	3
								2021	-	0	1
Total	6	1	1		2	0	1		13	12	16

Nota: La tabla evidencia las veces en que la Corte Constitucional colombiana ha realizado audiencias públicas de oficio, o por solicitud externa, en un periodo desde 1992 al 2021. Adaptado de “Las audiencias públicas en la Corte Constitucional colombiana”, Por El Centro de Investigaciones Sociojurídicas (CIJUS), *Universidad de los Andes*, 2022. ([https://www.youtube.com/watch?v=M\\_a9tc\\_cMOo&t=2992s](https://www.youtube.com/watch?v=M_a9tc_cMOo&t=2992s)).

En la Tabla 3 se puede observar que en la primera década de creación de la Corte Constitucional (1992-2000) la aceleración deliberativa de la corporación fue débil, casi nula, se registra que de 6 solicitudes externas solo se aprueba una, y se celebra solo una audiencia de oficio. Igualmente, en la segunda década (2001-2009), la tendencia de la poca deliberación empeoró, se solicitan dos audiencias públicas de las cuales ninguna es aprobada, y la Corte solo celebra una audiencia pública de oficio. Y finalmente, en la última década (2010-2021) la Corte Constitucional estimula significativamente la

deliberación democrática con un total de veintiocho audiencias públicas celebradas, doce por solicitud externa, y dieciséis de oficio. De allí, que se diga que es un proceso en crecimiento.

**Tabla 4**

*Asuntos sobre los cuales la Corte decide realizar audiencias públicas*

Año	Asuntos
1997	Seguridad privada
1998	Concurso de méritos- Rama Judicial
2003	Reforma constitucional
2012	Marco Jurídico para la paz
2014	Irregularidades en la contratación estatal; salud; Marco Jurídico para la paz; tipos penales de discriminación; matrimonio de parejas del mismo sexo.
2015	Reforma constitucional
2016	Plebiscito para la paz; patrimonio cultural
2017	Sistema Integral para la paz
2018	Consulta popular; autonomía territorial; trabajo sexual; acuerdo de inversión
2019	Régimen de tierras; TLC; libertad de expresión en plataformas digitales; protección oso de anteojos; vigencia ley de víctimas; ley de páramos; periodistas en audiencias penales
2021	Traslado del régimen pensional

Nota: La tabla evidencia los principales asuntos sobre los cuales la Corte Constitucional colombiana ha realizado audiencias públicas de oficio, o por solicitud externa. Adaptado de “Las audiencias públicas en la Corte Constitucional colombiana”, Por El Centro de Investigaciones Sociojurídicas (CIJUS), *Universidad de los Andes*, 2022. ([https://www.youtube.com/watch?v=M\\_a9tc\\_cMOo&t=2992s](https://www.youtube.com/watch?v=M_a9tc_cMOo&t=2992s)).

En la Tabla 4 se representan los asuntos sobre los cuales la Corte Constitucional ha realizado audiencias públicas, bien sea de oficio, o por solicitud externa. De este modo, los temas sobre los cuales se celebran audiencias públicas son de coyuntura, aunque no todos. En relación a la dimensión del asunto en controversia, hay que decir que la Corte Constitucional convoca a audiencia pública en virtud

de enriquecer el debate, y fortalecer la conversación con ideas técnicas y con la ayuda de expertos que esclarecen panoramas de neblina para la justicia constitucional. Dentro de los temas más frecuentes se encuentran los concernientes al Acuerdo de Paz y su incorporación a la Constitución, lo que permite entender la magnitud de la decisión que tomó la Corte, y la significancia de la participación y contribución a la decisión de los intervinientes.

Entre tanto, las audiencias públicas son percibidas como un elemento de participación y contribución a la tarea judicial, es por eso, que el número de invitados y la dimensión de los argumentos es primordial en el ejercicio dialéctico. En consecuencia, Hübner (2018) destaca que:

Cuanto menor sea el número, aumentan las posibilidades de que el órgano sea percibido como no-representativo de la pluralidad de posiciones que una sociedad heterogénea puede tener y menores son las posibilidades de encontrar soluciones que respondan adecuadamente a esa heterogeneidad. (p. 181)

Finalmente, en el mismo estudio se reseñó que de las treinta y uno audiencias públicas celebradas entre 1992 y 2021, doce fueron en virtud del análisis del control de constitucionalidad concreto, y diecinueve en control de constitucionalidad abstracto. Así mismo, según el tipo de normas, el control de constitucionalidad se dio en cuatro ocasiones en normas del ejecutivo, y en veinte ocasiones en normas del legislativo. De lo mencionado anteriormente, se establece que las audiencias públicas desarrolladas por la Corte Constitucional aceleran la deliberación democrática, y fortalecen los mecanismos de diálogo constitucional. No obstante, pese a que este mecanismo ha venido creciendo especialmente en la última década, se encuentra que no se tiene claridad de criterios que expliquen cuándo la Corte realiza audiencias y cuándo no, todo parece indicar que se realizan cuando de temas coyunturales se tratan, aunque no en todos los casos.

### CAPÍTULO III: EL CONSTITUCIONALISMO DIÁLOGICO

#### ¿Para qué el diálogo constitucional?

El principio de separación de poderes ha significado una imperiosa conquista cuando de la protección de derechos fundamentales se trata. Sin embargo, hay un asunto que merece ser analizado con la mayor capacidad de observación posible: la lógica confrontacional de la convivencia entre los poderes públicos. En un examen acucioso, pero, sobre todo a la luz de los postulados del diálogo constitucional acerca de cómo opera el principio en mención de gran significancia en autores como Montesquieu, Locke, James Madison, Hamilton, entre otros; se podría concluir al menos una cosa: el principio de separación de poderes está en crisis. En términos generales, existen al menos dos detonadores de la agudización de la crisis, estos son, el hiperpresidencialismo y la juristocracia constitucional. La crisis de la separación de poderes es generalizada, por lo menos cuando de constituciones contemporáneas se trata.

El hiperpresidencialismo parte de la configuración de un régimen presidencialista, en el cual el Congreso tiene un control político débil, no tiene una capacidad estructural para legislar sobre temas económicos y, en consecuencia, la institución presidencial se convierte en un legislador que sustituye al Congreso en determinadas circunstancias. Hakansson (2013), describe dos ejemplos de la acentuación del hiperpresidencialismo. El primero de ellos, tiene que ver con la cláusula que consagra el estado de necesidad legislativa en Alemania. La ley Fundamental alemana de 1949 consagró que en el caso en el que el gobierno no consiga que la Cámara Baja apruebe un proyecto de ley que considera perentorio, el canciller puede hacer que ese proyecto logre convertirse en ley, si lo aprueba la Cámara Alta. Lo anterior, es una situación extraña, toda vez que Alemania es un país organizado en una democracia parlamentaria. También Hakansson (2013), reseña el caso francés, en el cual la cláusula número 16 de la constitución consagra la figura del estado de emergencia, la cual confiere al presidente de facultades

superiores para restablecer el aseguramiento de los poderes públicos constitucionales, cuando estos, estén amenazados de una manera grave o inmediata. En esa medida, las facultades superiores de la institución presidencial han generado un activismo judicial férreo, un aparato judicial más activo en el control del poder ejecutivo y legislativo, esto ha tenido una especial intensidad en América Latina, según lo describe Bernal (2018):

El déficit de control político por parte del Congreso se ha intentado suplir con un activismo acentuado por parte de la jurisdicción, sobre todo de la jurisdicción constitucional. De este modo, con fundamento en el principio de constitucionalidad, las cortes constitucionales han intentado controlar el ejercicio excesivo de los poderes presidenciales, han buscado llenar el vacío de control político con una extensión de su control jurídico. (p.51)

En ese aspecto, entonces, es claro que las cortes constitucionales en América Latina, y particularmente, la Corte Constitucional colombiana ha asumido un rol protagónico en la determinación de políticas públicas que tienden a proteger derechos fundamentales con la figura del estado de cosas inconstitucional, y en un intento de perfeccionar el Poder Legislativo, con la figura del exhorto. Pese a las fenomenales sentencias de la Corte como la SU – 955 de 1999 donde se establecen los problemas estructurales en las cárceles del país y se garantizan los derechos fundamentales de los presos, en los dos casos anteriores, la Corte Constitucional ha asumido un rol más político que jurídico, sin que ello signifique la usurpación total del poder del legislativo. Sin embargo, existe otro riesgo creciente: la juristocracia constitucional. La juristocracia constitucional recae cuando la jurisdicción se convierte en un actor político en todas sus instancias de decisión. Al respecto Bernal (2018) puntualiza:

La pregunta que surge es, sin embargo, si esta nueva juristocracia constitucional resulta saludable para la democracia representativa en América Latina. Debe señalarse que, para mal o para bien, esta función de control político ejercida por las cortes constitucionales cada día recibe

un mayor respaldo, no únicamente en la opinión pública sino también en ciertos sectores de la academia. (p.53)

La anterior incógnita que se plantea Bernal, sugiere uno de los grandes desafíos del constitucionalismo contemporáneo. Lo cierto es que la juristocracia constitucional en palabras de Bernal (2018) ha relegado al Congreso como poder político del Estado, así explica:

En un Estado democrático, la manera habitual de proteger los derechos debería ser la expedición de leyes y su implementación por medio de regulaciones administrativas concretas. Ahora, en muchos ámbitos la regla general parece ser la inversa: la jurisdicción constitucional tiende a convertirse en el órgano político primario en cuanto a la protección de derechos fundamentales. Esto deja en segundo plano a la deliberación democrática. (p. 62)

De este modo, se ha visto como el hiperpresidencialismo y la juristocracia constitucional suponen un gran riesgo para la división de poderes y el principio de separación de poderes. En ese sentido, el constitucionalismo dialógico se perfila como una teoría de diseño institucional que pretende ayudar a superar la crisis en mención. El constitucionalismo dialógico, propende por la superación de la tensión entre constitución y democracia mediante la configuración de escenarios que incentiven al diálogo entre poderes y con la ciudadanía. Se puede pensar que hablar de diálogo y separación de poderes es un oxímoron. La separación de poderes tal y como ha sido explicada solo promueve la confrontación entre poderes, y la utilización de mecanismos creados para atacar y superar, al contrario. Por lo tanto, el constitucionalismo dialógico se dirige hacia una nueva forma de pensar la división de poderes, una reconciliación entre lo democrático y lo constitucional mediante formas institucionalizadas de diálogo que eviten la lógica agonal dominante.

### Antecedentes del constitucionalismo dialógico

Como lo explica Gargarella (2014), en los últimos años aparecieron, principalmente en Europa y América del Norte, nutridas formas dialógicas que, aunque encuadradas dentro del tradicional modelo institucional de los frenos y contrapesos surgido en los Estados Unidos de América y difundido luego en América Latina y Europa, pueden denominarse respuestas acordes a los postulados del constitucionalismo dialógico. Para tal efecto, se examinarán tres principales antecedentes: el primero de ellos es la famosa cláusula *notwithstanding clause* o conocida también como la cláusula del “no obstante”. La cláusula en mención, se establece fundamentalmente en dos apartados específicos, la Sección 1 y la Sección 33 de la Carta. La *notwithstanding clause* abre el camino para el constitucionalismo dialógico, y es especialmente polémica, sobre todo en un sector de la academia, porque la última palabra en términos de la revisión judicial ya no les pertenece a los tribunales constitucionales, sino al Congreso, específicamente en materia de derechos. Gargarella (2014), advierte el contenido de la cláusula canadiense:

La primera sección sostiene que los derechos establecidos en la Carta se encuentran sujetos a “las limitaciones que resulten demostrablemente justificadas en una sociedad libre y democrática,”; mientras que la segunda sección establece, de modo crucial, que el Poder Legislativo puede extender la vigencia de una norma por períodos renovables de cinco años, “no obstante” las tensiones que la misma pueda tener con la Carta de Derechos. (p. 119)

De ese modo, la *notwithstanding clause* abre el camino para el reconocimiento de las objeciones democráticas al Poder Judicial, y en palabras de Gargarella (2021), “volvió evidente que los sistemas institucionales prevaecientes, tal como están organizados (con la estructura de frenos y contrapesos que conocemos), no ayudan al diálogo democrático”. (p. 256)

El segundo antecedente, se presenta en países como Reino Unido (1998), Nueva Zelanda (1990), Australia (2004) y el estado de Victoria (2006). En estos países se extendieron importantes reformas constitucionales que siguieron el derrotero de la *notwithstanding clause*, sobre todo, cuando de aperturar el diálogo entre jueces y legisladores se refiere. Estas reformas, trajeron consigo dos grandes innovaciones que aún no estaban presentes en Canadá. Al respecto Gargarella (2014), señala algunos de los aspectos importantes de este segundo antecedente:

Un primer mecanismo tiene que ver con el involucramiento que se requiere a los poderes legislativos, en la revisión de la constitucionalidad de las normas, antes de que se conviertan en leyes vigentes (una “revisión política de constitucionalidad”). El segundo mecanismo tiene que ver con lo que Mark Tushnet ha denominado formas “débiles” de control judicial, y que implican técnicas de revisión constitucional que aparecen separadas de la “supremacía” o “última palabra” judicial. Estas novedades abrieron espacio para un nuevo tipo de relación, más dialógico, entre los tribunales y el Poder Legislativo. (p. 119-120)

Finalmente, el tercer antecedente tiene que ver con el litigio de tipo estructural que también configura un caso de constitucionalismo dialógico. El caso “Grootboom” inicia en el 2000, y devela un rol dinámico y de agenda pública de la jurisdicción constitucional en Sudáfrica. El litigio estructural, según lo explica Gargarella (2014), es cuando se “involucran problemas públicos de primera importancia, y masivas y graves violaciones de derecho” (p. 121). Cabe señalar que el litigio estructural ha sido liderado principalmente por los tribunales constitucionales. Ahora bien, el caso “Grootboom” inicia con una demanda de más de novecientas personas, en donde se incluyen más de quinientos niños afectados. Brevemente Gargarella (2021), expone las razones de la queja de aquellos ciudadanos de la siguiente forma:

Los ocupantes ilegales de tierras, expulsados del lugar que habitaban, reclamaban atención a sus derechos invocando la progresista Constitución de Sudáfrica: sus posesiones básicas habían sido destruidas, derrumbadas sus viviendas (...) en su demanda los demandantes involucraron el art. 26 de la Constitución de Sudáfrica que se refiere al derecho de cada persona a una vivienda adecuada. Citaron también el art. 28, según el cual cada niño tiene derecho a “una nutrición básica, abrigo, servicios de salud, y servicios sociales” (pp. 252- 254)

Como resultado de las peticiones lógicas que hacían los ciudadanos sudafricanos, sustentadas en una constitución que establecía y garantizaba derechos, y que, acababa de ser expedida, la Corte Constitucional de Sudáfrica resolvió de la siguiente forma, según lo explica Gargarella (2021):

Ante todo, la Corte ordenó a las ramas políticas que diseñarán un plan coherente y coordinado, con lo cual dejasen en claro el modo en que iban a cumplir sus obligaciones constitucionales. Ese plan debía ser organizado por el Estado de modo de definir las “medidas razonables” que iban a tomarse para brindar alivio a las personas que no tienen “acceso a la tierra ni un techo sobre sus cabezas y que están viviendo en condiciones intolerables”. (p. 254)

El caso “Grootboom”, da inicio a un diálogo democrático con la finalidad de garantizar la protección de derechos fundamentales como la vivienda digna y los derechos sociales de los niños y niñas. No obstante, esta vez el diálogo no solo involucra al Poder Legislativo y al Judicial, sino a todo el Estado en su conjunto, para que éste aborde políticas públicas que mitiguen dicha violación de derechos fundamentales. Esto es, en consecuencia, la puesta en escena de una Corte Constitucional que demostró que podía reconocer y garantizar derechos sociales, sin sustituir la órbita del legislador, e implementando un diálogo con diferentes poderes públicos.

### ¿Qué es el constitucionalismo dialógico?

En palabras de Gargarella (2021), el concepto de diálogo constitucional está enmarcado en un debate constante sobre cómo una sociedad democrática quiere definirse y, sobre todo, cómo con el paso de los años no existen debates que no puedan darse, o casos complejos sobre los cuáles existe solo una respuesta, así puntualiza:

Se trata de un diálogo inclusivo, y eso no por pura retórica vacía: los propios afectados, cada uno de ellos, en lo posible deben tener un papel central y no quedar ausentes porque otros se adjudican la capacidad de hablar en su nombre (...) dialogar no implica una situación en la que otros deciden y nosotros aplaudimos; no es lo mismo que aceptar o rechazar lo que otros han decidido. Requiere foros que posibiliten la conversación y procedimientos que lo organicen, que favorezcan el intercambio de argumentos, la corrección mutua, la información transparente y completa para todos. (p. 271)

De igual forma, Niembro (2016) se acerca a la posición de Gargarella argumentando que el diálogo constitucional solo puede darse en contextos donde la conversación sea inclusiva y en pie de igualdad, en tal sentido propone:

La teoría que planteo pretende ser una alternativa en la que ninguno de los actores constitucionales tiene la última palabra sobre la interpretación de la constitución, auspiciando un debate constitucional más igualitario e inclusivo. No es que el Tribunal pelee con sus “junior partners” sobre el sentido constitucional, sino de un intercambio de razones en pie de igualdad en el que ninguno de los interlocutores tiene la última palabra. Lo que esta teoría sugiere es cooperación, intercambio y, principalmente, moderación mutua. Desde esta perspectiva, el poder que puedan tener los participantes en la deliberación es un poder comunicativo derivado del potencial de una voluntad común formada en una comunicación exenta de coerción, y no en

la oportunidad de imponer dentro de una relación social la propia voluntad contra quienes se resisten a ella. (p. 112)

En el constitucionalismo dialógico no hay lugar para las imposiciones decisionales, busca un punto de encuentro de diversas perspectivas de lo que se quiere que sea la constitución, debates organizados por la institucionalidad en el que no solo se decida escuchando a uno, sino a todos en la mayor proporción posible. El diálogo es una salida a los autoritarismos, es una reivindicación de la deliberación democrática, es la generación de escenarios dialécticos que contribuyan al fortalecimiento de la identidad constitucional de una nación. Esto apoya, la idea de diálogo que desarrollan Hogg y Bushell (2013) de la siguiente manera:

¿Es posible tener un diálogo entre dos instituciones cuando una está claramente subordinada a la otra? ¿Acaso el diálogo no requiere una relación entre iguales? (..) la respuesta, que nosotros sugerimos, es la siguiente. Cuando una decisión judicial está abierta a la revocación, modificación o anulación legislativa, entonces tiene sentido considerar a la relación entre la Corte y el órgano legislativo competente como un diálogo. En ese caso, la decisión judicial causa un debate público en el que los valores de la Carta juegan un rol más prominente que el que habrían jugado si no hubiese habido decisión judicial. El cuerpo legislativo está en condiciones de idear una respuesta que respete adecuadamente los valores de la Carta que han sido identificados por la Corte, pero que cumpla con los objetivos sociales y económicos que la decisión judicial ha impedido. (p. 79)

Bajo el mismo análisis, el constitucionalismo dialógico se configura en el marco de seis presupuestos decisivos: igualdad, desacuerdo, inclusión, deliberación, discusión de interés público, y diálogo continuo, abierto, e inacabado. El profesor Gargarella, desarrolla en concreto cada uno de ellos. En este sentido, Gargarella (2014) se refiere al presupuesto de la igualdad como aquél “que se refiere al

estatus igual de los diferentes participantes”. (p. 10). En el mismo sentido, Gargarella (2014), señala que aquellos participantes son “igualmente capaces de presentar y defender sus puntos de vista, y gozan todos de la misma autoridad moral, política y jurídica”. (p. 214)

Con respecto al desacuerdo, Gargarella (2021) describe que “se trata de disensos esperables en sociedades diversas (...) que no van a desaparecer de nuestras vidas futuras, sino que están entre nosotros para quedarse” (p. 35). En relación a la inclusión, Gargarella (2014) define que “enfatisa la idea de deliberación por parte de las personas, bajo el supuesto de que todo el proceso gana en imparcialidad si todos los potencialmente afectados intervienen en esa conversación” (p.10). En razón a la deliberación, Gargarella (2021) subraya que “en una conversación entre iguales es crucial que todos los potencialmente afectados tengan la oportunidad de intervenir (...) en el sentido de que involucre genuinamente un proceso de corrección mutua y de intercambio de argumentos” (p. 37). En cuanto a la discusión de interés público, Gargarella (2021), explica que la discusión entre los participantes se debe concentrar, de manera decisiva, en cuestiones de interés común, públicas o de moral intersubjetiva. Y finalmente, con respecto al diálogo abierto, Gargarella destaca que “la conversación se celebra con las puertas abiertas y es de fácil acceso para el público” (p. 214).

### **Posiciones problemáticas frente a la deseabilidad de las formas de diálogo de la Corte Constitucional**

La Corte Constitucional colombiana se ha visto recogida en prácticas que bien podrían denominarse dialógicas y democráticas. Estas prácticas, han enmendado ciclópeos problemas de vulneración sistemática de derechos fundamentales como en el caso de las personas privadas de la libertad, las personas víctimas del conflicto armado, o los líderes sociales del país. De la misma manera, ha logrado perfeccionar ciertas políticas públicas relacionadas con grupos históricamente marginados, e incluso, ha marcado una agenda legislativa sobre qué y cuáles temas de interés son los más apropiados y coherentes con la jurisprudencia constitucional. No obstante, estas prácticas que se engloban dentro del

concepto de constitucionalismo dialógico suelen considerarse como exiguas, aunque hayan sido prácticas bien intencionadas.

En el caso de la declaratoria del estado de cosas inconstitucional, o también conocida como litigio de tipo estructural, se analiza que bajo los parámetros del constitucionalismo dialógico resulta una práctica sugestiva, sobre todo, por su carácter de protección de derechos fundamentales positivizados por la constitución, y la puesta en práctica de los preceptos constitucionales por medio de políticas públicas impulsadas por la Corte. Así entonces se avizora la imposibilidad estatal para proteger derechos, lo cual posiciona al Poder Judicial como el que suple dichas insatisfacciones públicas mediante la protección constitucional de derechos sociales, como lo señala Bernal (2018):

No es extraño que la incapacidad del Estado para satisfacer derechos sociales haya llevado a la instauración masiva ante la justicia constitucional de acciones de tutela o recursos de amparo en los que se pide que se conmine a la Administración Pública a llevar a cabo las prestaciones que en teoría pueden deducirse de los derechos sociales. (p. 52)

No obstante, estas prácticas, aunque han sido especialmente protectoras de derechos fundamentales, eventualmente pueden desembocar en una juristocracia constitucional que pondría en riesgo la división de poderes y el principio de frenos y contrapesos. Al respecto Bernal (2018), ha introducido una crítica a la declaratoria del estado de cosas inconstitucional argumentando que:

Para camuflar sus apreciaciones políticas, la Corte Constitucional ha observado en algunas sentencias la existencia de un “estado de cosas inconstitucional”. Esta figura que la Corte reviste con apariencia de interpretación jurídica, no es más que la afirmación de que la realidad aún no es como debería ser según la constitución (...) la pregunta que surge es, sin embargo, si esta nueva juristocracia constitucional resulta saludable para la democracia representativa de América Latina. (p. 53)

En ese sentido, el activismo de la Corte Constitucional refleja un posible resquebrajamiento del sistema institucional toda vez que, en principio, el encargado de diseñar y formular las políticas públicas en razón de reconocer los derechos, es el Congreso de la República. No obstante, ante la realidad de que aún los derechos sociales consagrados en la Constitución de 1991 no son más que un proyecto político a futuro, y ante la insuficiencia de las políticas públicas existentes, la Corte Constitucional ha tenido que llenar dichas falencias legislativas, mediante figuras como la declaratoria del estado de cosas inconstitucional. En ese orden de ideas, Bernal (2018) establece que a raíz de la juristocracia constitucional se ha suscitado una aporía que limitaría la democracia representativa, así lo reseña:

Ahora, en muchos ámbitos, la regla general parece ser la inversa: la jurisdicción constitucional tiende a convertirse en el órgano político primario en cuanto a la protección de los derechos fundamentales. Esto deja en un segundo plano a la deliberación democrática. El Congreso se hace prescindible y la deliberación pública carece de sentido (...) esta alternativa, llevada al extremo, parece conducir a desestructurar el Estado (...) y a limitar de manera desmedida la democracia representativa. (p.p. 62-63)

Lo anterior, resulta un tanto problemático si se piensa que el órgano con mayores credenciales democráticas es proscrito por el tribunal constitucional, que como es evidente, carece de credenciales democráticas severas. En particular, la Corte Constitucional colombiana ha desarrollado un determinado activismo judicial que pretende proteger derechos fundamentales, mediante el perfeccionamiento de la agenda legislativa, lo que a la luz de los modelos dialógicos, es una situación que aunque genera un diálogo significativo y provechoso entre distintos órganos de poder, deja un alto margen de riesgo para la deliberación democrática, pues, en palabras de Bernal (2018) “ El Congreso se hace prescindible, y la deliberación pública de argumentos carece de sentido, como no sea dirigida a influir en las decisiones judiciales definitivas”. (p. 63)

Ahora bien, desde el punto de vista del diálogo entre tribunales constitucionales y asambleas legislativas o parlamentos, los exhortos son un mecanismo que merecen ser vistos con plausibilidad por su naturaleza dialéctica y propositiva, respecto de suplir algunas insuficiencias relacionadas con las omisiones legislativas relativas y absolutas en las que recaen generalmente las legislaturas. A pesar de todo, grandes conquistas en materia de protección de derechos constitucionales fundamentales han significado las sentencias de exhorto de la Corte Constitucional. En concreto, es de recibo resaltar, por ejemplo, las sentencia C-016 del 2004 la cual exhorta al Congreso a legislar en el tema de inasistencia alimentaria en la unión marital de hecho, la sentencia T-1090 de 2005 la cual exhorta al Congreso a legislar sobre temas de segregación racial, o la sentencia C-728 de 2009 que exhortó al Congreso a legislar sobre la objeción de conciencia en casos de servicio militar obligatorio, entre otros casos.

En relación a la finalidad de las sentencias de exhorto, puede concebirse como mecanismos que ayudan al debate, al diálogo y a la deliberación en los parlamentos. De ese modo, Niembro (2016) dice que “una de las formas en que los tribunales constitucionales pueden enriquecer el proceso de deliberación democrática es compensando las deficiencias argumentativas de las instituciones representativas” (p. 297). Esa compensación de las deficiencias argumentativas en instituciones democráticas, puede enmarcarse dentro de la figura jurisprudencial del exhorto en el caso colombiano. En razón a los casos de exhorto, esta figura se presenta, sobre todo, en situaciones de silencio total o parcial del Poder Legislativo frente a escenarios de violación de derechos constitucionales. Entre tanto, en particular esta figura permite que la Corte Constitucional pueda comunicar al Poder Legislativo sobre determinados argumentos que, de no hacerlo, serían ignorados. De ese modo, lo señala Niembro (2016):

Los tribunales pueden ser un foro de inclusión para aquellos que no tienen injerencia en el proceso de toma de decisiones y/o ser un medio para la expresión de voces que no se han podido escuchar durante la deliberación parlamentaria y resultan afectadas por la decisión. Pero

además de ser un foro de expresión de los excluidos de la sede parlamentaria, los tribunales constitucionales pueden adoptar los argumentos de éstos y comunicarlos a los parlamentarios. En este último supuesto, el tribunal hace suyos los argumentos y los transmite a través de sus decisiones. (p. 297)

En dicha transmisión de argumentos o razones, los tribunales constitucionales evidencian, al menos en el caso del exhorto, determinadas situaciones sobre las cuales no se ha legislado, pero el constituyente las ha revestido de un carácter fundamental, como es el caso de los derechos fundamentales. A pesar de todo, esta figura, aunque innovadora y dialéctica, puede transformarse en autoritaria e insatisfactoria para el diálogo genuino entre poderes. En consecuencia, se ha explicado que el diálogo constitucional debe entablarse mediante la igualdad de los participantes en la conversación, quiere decir, que en el ejercicio del diálogo ningún participante inicia con un grado mayor de capacidad de decisión que la otra, en otras palabras, los dialogantes están dispuestos y comprometidos con el ejercicio de la persuasión, son catalizadores deliberativos. En ese orden de ideas, el tribunal constitucional haciendo uso del exhorto, en alguna de sus sentencias judiciales, podría escoger arbitrariamente sobre qué temas el Congreso debería legislar, pondría sobre la mesa una agenda pública, visibilizaría temas que quizá han sido invisibilizados, o sobre los cuales el órgano legislativo no ha querido legislar. En virtud de lo anterior, no existiría inconveniencia alguna si se evidencian razones justificadas que requieran dicho tratamiento. Pero, si se permitiera desconfiar del criterio de los jueces, el Estado se aventuraría a una politización de la justicia constitucional, en donde la agenda legislativa la imponen los jueces, el Congreso es reemplazado, y la democracia carece sentido.

En contraposición a lo anterior, la teoría constitucional expresa que los jueces constitucionales deben tener una visión integral de la constitución como un todo, es decir, el panorama para decidir adecuadamente sobre un caso en concreto, debe contar con la inclusión de visiones sociales, económicas, culturales, e incluso una visión política. Pese a lo referenciado, Waldron (2018) establece

cómo debería ser la tarea de los jueces constitucionales, especialmente en el control de constitucionalidad, pero en gracia de la discusión es igualmente relevante en los casos de exhorto al Poder Legislativo. Así entonces afirma:

Los jueces no deberían pensar que es su tarea oponerse a la visión, programa o política general de las ramas del gobierno votadas en elección popular. Es la responsabilidad de estas últimas configurar y perseguir programas sociales a esa escala. La tarea de los jueces es simplemente reconocer e identificar abusos; oponerse al programa como un todo no es su responsabilidad. (p. 144)

De ahí que, la figura del exhorto de la Corte Constitucional colombiana haya significado un avance en el diálogo interorgánico, no obstante, sin desmedro de su gran alcance en la protección de los derechos fundamentales, aquella figura podría resultar en una agenda política arbitraria liderada por los jueces constitucionales en donde se obstaculice el trabajo del Poder Legislativo (también con deficiencias), y se relegue a la deliberación democrática. De tal suerte, el sistema de frenos y contrapesos debe concebirse de tal forma que no se dependa de la buena voluntad de los jueces, y se establezcan incentivos al diálogo (como estos) pero que resistan ciertas afinaciones y modificaciones para su realización ideal.

Por otra parte, frente a las audiencias públicas de la Corte Constitucional, estas han sido consideradas como una práctica de diálogo que resulta interesante e innovadora, en el sentido de que facilitan las conversaciones públicas y dignifican la democracia deliberativa. Así lo reafirma Niembro (2016), “Si pensamos en los tribunales constitucionales como sedes de diálogo, éstos conforman el universo de toma de decisiones en el que trataría de aplicarse un modelo de democracia deliberativa” (p. 198). Las audiencias públicas son catalizadoras de la democracia deliberativa, y se caracterizan por la

convocación de expertos en una determinada materia, y grupos de interesados. Así lo explica Niembro (2016):

Lo más común es que a lo largo del proceso y antes de dictar sentencia el diálogo se entable entre los jueces y participantes en el proceso, ya sean los sujetos legitimados para intervenir u otros sujetos que hayan concurrido o fueron llamados al juicio. (p. 198)

No obstante, es menester empezar a dilucidar brevemente algunos elementos críticos y problemáticos de la práctica en mención. El primero de ellos, tiene que ver con la discrecionalidad de los tribunales constitucionales al momento de dictar sentencia, o de tomar la decisión. Es decir, el tribunal constitucional puede convocar la audiencia, invitar a los participantes, otorgarles un tiempo máximo de intervención, y escucharlos, pero el margen de discrecionalidad que tiene el juez constitucional para decidir si toma en cuenta o no la opinión de los expertos y de los interesados, es latente. Niembro (2016) así lo expresa “Pero una vez que se llega a la etapa de dictar sentencia, entonces el diálogo se reduce a los jueces que son los que toman la decisión”. (p. 198)

Así mismo, Gargarella (2021) también se refiere a la discrecionalidad de las audiencias públicas en el sentido de que “al no existir reglas claras y equitativas para regular las audiencias, su valor termina dependiendo de los poderes discrecionales de quienes las organizan” (p. 273). Otro elemento que debe considerarse relevante, es el de la celebración de estas audiencias de manera episódica. En particular, como ya se ha explicado en el capítulo segundo de esta tesis, la Corte Constitucional celebra audiencias públicas sin algún criterio diferente al discrecional del magistrado. Finalmente, es preciso reconocer que esta práctica de diálogo constitucional procura el enriquecimiento de la conversación al incluir voces diferentes y alternativas a la deliberación pública, sin embargo, la decisión queda al vaivén de la parcialidad, o imparcialidad de los jueces. Así lo explica Gargarella (2021):

Como resultado, su equidad y su valor quedan sujetos a la buena voluntad (discrecional) de los funcionarios públicos (políticos o judiciales). Por tanto, si ellos tienen vocación de imparcialidad, o están animados por un espíritu altruista, podemos esperar audiencias imparciales, justas; pero si ese no es el caso, o si quieren utilizar las audiencias para otros fines (por ejemplo, como un instrumento ocasional para recuperar algo de legitimidad perdida), entonces no tenemos motivos para confiar en que se celebren audiencias efectivas, y mucho menos para que esa práctica promisorio se establezca. (p. 273)

### **El verdadero diálogo constitucional**

Hasta el momento, se ha explicado el contexto ideológico sobre el cuál surge el sistema de frenos y contrapesos, particularmente en los Estados Unidos, y se ha afirmado que dicho sistema institucional fue replicado, al menos en su esencia, por las constituciones latinoamericanas en el sentido de la gran afinidad del modelo norteamericano con el pensamiento de los juristas criollos. Se explicó, a su vez, el ideal regulativo de una división de poderes deliberativa, se analizaron algunas formas de aperturar el diálogo constitucional, especialmente desde la Corte Constitucional hacia el Poder Legislativo y la ciudadanía, y se evidenciaron algunas posiciones problemáticas de estas formas de diálogo promovidas por las Corte, que aunque bien intencionadas, desde el punto de vista del constitucionalismo dialógico parecen considerarse como grandes avances en relación a que las decisiones públicas sean cada vez más democráticas, pero, aún en su configuración resultan ser un tanto insatisfactorias para entablar un verdadero diálogo constitucional.

Ahora bien, ¿en qué situaciones se podría argüir la no existencia del diálogo constitucional, o qué es lo que directamente rechazan los teóricos defensores del diálogo?, en el siguiente ejemplo se vislumbrará una situación que pedagógicamente e ilustrativamente ayudará a responder la pregunta anterior:

Un padre, tradicionalmente autoritario, convoca a los miembros de su familia para discutir los asuntos cotidianos (por ejemplo, cómo afrontar la crisis económica que atraviesan). Imaginemos que, en un ejercicio de tolerancia inusual, el padre escucha a su esposa, a sus hijos. Entonces cansado ya de sus argumentos, da un golpe sobre la mesa y dice: “ya basta me cansaron”. (Gargarella, 2021, p. 272)

En contextos constitucionales de gran desigualdad, el diálogo tiende a degradarse en conversaciones que carecen de la igualdad entre los intervinientes, el diálogo suele incorporarse a la discusión pública de manera vertical, y no horizontal. En palabras de Gargarella (2021), el diálogo en estos contextos sufre la ausencia de un componente esencial: que los participantes se involucren en pie de igualdad. De ese modo, el verdadero diálogo constitucional, se pone en práctica, en palabras de Niembro (2016) cuando:

Tratándose de asuntos constitucionales en los que tenemos desacuerdos profundos, el juez debe procurar incentivar un diálogo entre los otros actores constitucionales a fin de intentar obtener, en un momento determinado, la mejor respuesta posible. De la misma manera que si el juez estima que hay una interpretación constitucional que ha prevalecido durante un largo período, debe poner de manifiesto a la ciudadanía que una nueva ley se desvía profundamente de ésta y que es necesario el desarrollo de un nuevo debate en la esfera pública. (p. 316)

De tal suerte, que el juez constitucional actúe como un verdadero promotor del diálogo, alejándose de las decisiones autoritarias carentes de los procesos deliberativos e insatisfactorias para la ciudadanía. Se está, entonces, ante un juez constitucional que asume un rol de discusión pública intencionadamente, con la finalidad de incluir a los potencialmente afectados por su próxima sentencia, no evitando el desacuerdo, sino fomentando el debate público. El verdadero diálogo constitucional se explica en discusiones constitucionales públicas en donde se conservan los postulados de: igualdad,

desacuerdo, inclusión, deliberación, discusión de interés público, y diálogo continuo, abierto, e inacabado.

Finalmente, el verdadero diálogo constitucional reclama un permanente esfuerzo por la persuasión entre las ramas de gobierno, un intercambio de información que enriquezca el debate, e instituciones públicas que no tengan miedo de que se generen desacuerdos sobre temas de interés público, porque es por esa vía en la que se logran decisiones inclusivas y justificadas. El diálogo constitucional reclama según Gargarella (2021) “debate, correcciones y ayudas mutuas, intercambio de información, precisiones y matizaciones elaboradas colectivamente en una conversación abierta, continua e inacabada. De eso hablamos cuando hablamos de diálogo” (p. 275)

### Marco Referencial

Algunos pensadores como Aristóteles en Grecia, y Polibio en Roma, se habían referido a tan significativa situación: la organización del poder y la división de las ramas del gobierno. Según lo señalado por Sabine (2009),

Aristóteles planteaba la supremacía de la ley como elemento de un gobierno que tiende al bien de sus súbditos; sostenía que la ley es la razón desprovista de pasión, cuando el gobernante y el súbdito se encuentran en una situación determinada por ley, indica Aristóteles, esto se proyecta en la relación política, la cual permite la libertad y se reconoce dignidad al súbdito, cuestión que no ocurre en un gobierno despótico. (como se cita en Diaz, 2012, p. 95)

Así mismo, según Diaz (2012):

Polibio planteaba que en la historia hay una ley inevitable de crecimiento y decadencia que se explica y manifiesta en un ciclo, en todas aquellas formas no mixtas de gobierno, de monarquía a la tiranía, de la tiranía a la aristocracia, de la aristocracia a la oligarquía, de la oligarquía a la democracia y de la democracia a la demagogia (p. 244).

En ese sentido, Gargarella (2014), complementa la visión de modelo de frenos y contrapesos norteamericano, de la siguiente forma:

Por un lado, Madison dejó en claro, entonces, cuál era el objetivo del sistema institucional de frenos y contrapesos. El mismo, consciente con la idea general de evitar las mutuas opresiones, se concentraba en la propuesta de resistir la intromisión de una rama de gobierno sobre las demás. Para ello, optaba por una estrategia institucional de paz armada, que consistía en otorgar a cada uno de los poderes de gobierno armas contundentes (“medios constitucionales”), capaces de prevenir los posibles ataques de los demás. Dotados, cada uno de los poderes, de

armas defensivas, todas las ramas de gobierno podrían sentirse igualmente poderosas e intimidadas ante el poder de las demás, y tenderían por tanto a no excederse, temerosas del potencial “disparo defensivo” de las demás. (p. 126)

No obstante, a pesar de la idea tradicional del sistema de frenos y contrapesos y la división de poderes, Hübner (2014) habla de una división de poderes dialógica, así lo explica refiriéndose al principio de división de poderes:

Esto supone que, además de ser una herramienta institucional que permite 1) compensar un poder con otro poder, y 2) distribuir funciones entre cuerpos diferenciados, también puede ser 3) un aparato deliberativo, un mecanismo que permita un chispeante intercambio de motivos interinstitucionales. A pesar de las obvias tensiones que podría suscitar con las otras dos, esta tercera característica no las excluye. Sencillamente hace hincapié en el hecho de que las distintas ramas del gobierno suelen tener en cuenta los motivos de las demás en su proceso de toma de decisiones. Esto, supone un tipo específico de valor que se suma a la lógica de control y equilibrio, así como a la división funcional del trabajo. (como se cita en Gargarella, 2014, p. 160)

En ese sentido, la división de poderes sostiene que un elemento esencial de su configuración es la democracia deliberativa. Bohman (1997), aduce que:

La concepción de democracia deliberativa es una respuesta alternativa a la visión liberal y elitista de la democracia, donde la política se asimila al mercado, en la medida en que compiten intereses opuestos representados por personas especialmente cualificadas para ello, y el papel del ciudadano común se limita a la participación a través del voto para elegir a tales representantes. Todo lo contrario, propone la deliberación pues, propicia espacios de debate directo, público e institucionalizado, a través de seminarios, foros y asambleas, con aspiraciones de diálogo genuino y de persuasión. (Como se cita en Del Castillo Longas, 2014, p. 38)

En esa misma línea, Rawls (1993) habla de la democracia consensual, al respecto señala:

Una sociedad democrática moderna se caracteriza no solo por la pluralidad de doctrinas comprensivas, ya sean religiosas, filosóficas y morales, sino también porque ese conjunto de doctrinas comprensivas razonables es un pluralismo de doctrinas que resultan incompatibles entre sí. Ninguna de esas doctrinas cuenta con el consenso de los ciudadanos en general. Ni tampoco debiéremos suponer que en un futuro previsible una de ellas, o alguna otra doctrina razonable, algún día sea suscrita por todos o casi todos los ciudadanos de una sociedad (p.p. 11-12).

Por otra parte, Nino (2003) ofrece un concepto de democracia ideal, donde afirma:

Si todos aquellos que pueden ser afectados por una decisión han participado en la discusión y han tenido una oportunidad igual de expresar y justificar una solución a un conflicto, ésta será muy probablemente imparcial y moralmente correcta siempre que todos la acepten libremente y sin coerción (p. 166)

Por otro lado, la Corte Constitucional Colombiana ha desarrollado algunas formas dialógicas que desarrollan el principio de deliberación pública. Al respecto, ha implementado el litigio de tipo estructural, las sentencias de exhorto, y las audiencias públicas. En palabras de Linares (2014), este tipo de diálogo es de naturaleza no dialéctica. El litigio de reforma estructural es una figura jurídico-constitucional que dota a los jueces de cierto poder de agenda política, esto es, tienen la capacidad de constreñir a las autoridades representativas para que aborden y den solución a ciertos problemas, pero en principio no imponen una decisión particular a las entidades representativas.

Por otra parte, las omisiones legislativas emergen las sentencias de exhorto de la Corte Constitucional. Entiéndase la omisión legislativa o inconstitucionalidad por omisión como lo explica Bazán (2017), cuando se habla de una inconstitucionalidad por omisión se hace referencia a la falta o

insuficiencia de desarrollo de una disposición constitucional por parte del legislativo, es decir, cuando existe un mandato expreso, y que, de aquello, se deriva una situación contraria a la constitución. En otras palabras, el órgano legislativo no tiene el poder de decidir si legisla o no, siempre y cuando de aquella situación se derive una violación de derechos constitucionales.

Al respecto de las audiencias públicas celebradas por la Corte Constitucional colombiana están reguladas por el Decreto Ley 2067 de 1991 “Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional” y el Acuerdo 02 del 2015 “Por medio del cual se unifica y actualiza el Reglamento de la Corte Constitucional” desde los artículos 66 al 73. El artículo 67 del Acuerdo 02 del 2015 señala:

La Sala Plena de la Corte, a solicitud de cualquier Magistrado, por mayoría de los asistentes y teniendo en cuenta los antecedentes del acto objeto de juzgamiento constitucional y la importancia y complejidad de los temas, convocará a audiencia pública a las personas que deban intervenir en ellas de acuerdo con la ley y fijará su fecha, hora y lugar. Las citaciones a las personas y la organización de la audiencia corresponderán al Magistrado sustanciador. (p. 25)

El constitucionalismo dialógico surge como una respuesta al modelo tradicional de los frenos y contrapesos, y frente la ausencia de diálogo entre las ramas del gobierno al momento de tomar decisiones públicas. Aunado a lo anterior, hay dos elementos que perpetúan la ausencia de diálogo entre las ramas del poder: el hiperpresidencialismo, y la juristocracia constitucional. Sobre el hiperpresidencialismo, la Corte Constitucional (2017) ha establecido un posible escenario en donde este fenómeno pudiera tener protagonismo, así lo argumenta:

Los poderes del presidente erosionarían los del Congreso y se confundirían las potestades de ambos, al punto en que no podría predicarse la existencia de una democracia o de una República, sino una concentración de autoridad en una de las ramas del poder, lo que

conllevaría a un Estado autoritario en razón de su hiperpresidencialismo, incompatible con el arreglo institucional definido por la Constitución (C-253/17).

A su vez, la juristocracia constitucional recae cuando la jurisdicción se convierte en un actor político en todas sus instancias de decisión. Bernal (2018) puntualiza,

La pregunta que surge es, sin embargo, si esta nueva juristocracia constitucional resulta saludable para la democracia representativa en América Latina. Debe señalarse que, para mal o para bien, esta función de control político ejercida por las cortes constitucionales cada día recibe un mayor respaldo, no únicamente en la opinión pública sino también en ciertos sectores de la academia. (p. 53)

En esa medida, la juristocracia constitucional termina en un activismo judicial férreo, según lo describe Bernal (2018):

El déficit de control político por parte del Congreso se ha intentado suplir con un activismo acentuado por parte de la jurisdicción, sobre todo de la jurisdicción constitucional. De este modo, con fundamento en el principio de constitucionalidad, las cortes constitucionales han intentado controlar el ejercicio excesivo de los poderes presidenciales, han buscado llenar el vacío de control político con una extensión de su control jurídico. (p.51)

En esa medida, el constitucionalismo dialógico se perfila como un modelo institucional que busca atenuar las falencias mencionadas anteriormente. En palabras de Gargarella (2021), su concepto de diálogo constitucional está enmarcado en un debate constante sobre cómo una sociedad democrática quiere definirse y, sobre todo, cómo con el paso de los años no existen debates que no puedan darse, o casos complejos sobre los cuáles existe solo una respuesta, así puntualiza:

Se trata de un diálogo inclusivo, y eso no por pura retórica vacía: los propios afectados, cada uno de ellos, en lo posible deben tener un papel central y no quedar ausentes porque otros se adjudican la capacidad de hablar en su nombre (...) dialogar no implica una situación en la que otros deciden y nosotros aplaudimos; no es lo mismo que aceptar o rechazar lo que otros han decidido. Requiere foros que posibiliten la conversación y procedimientos que lo organicen, que favorezcan el intercambio de argumentos, la corrección mutua, la información transparente y completa para todos. (p. 271)

De igual forma, Niembro (2016) se acerca a la posición de Gargarella argumentando que el diálogo constitucional solo puede darse en contextos donde la conversación sea inclusiva y en pie de igualdad, en tal sentido propone:

La teoría que planteo pretende ser una alternativa en la que ninguno de los actores constitucionales tiene la última palabra sobre la interpretación de la constitución, auspiciando un debate constitucional más igualitario e inclusivo. No es que el Tribunal pelee con sus "junior partners" sobre el sentido constitucional, sino de un intercambio de razones en pie de igualdad en el que ninguno de los interlocutores tiene la última palabra. Lo que esta teoría sugiere es cooperación, intercambio y, principalmente, moderación mutua. Desde esta perspectiva, el poder que puedan tener los participantes en la deliberación es un poder comunicativo derivado del potencial de una voluntad común formada en una comunicación exenta de coerción, y no en la oportunidad de imponer dentro de una relación social la propia voluntad contra quienes se resisten a ella. (p. 112)

De manera más explícita, Gargarella (2021), explica lo que significa dialogar en un sistema institucional ideal, así entonces dialogar implica:

Un ejercicio de argumentación en torno al contenido de la Constitución y a cómo interpretarlo. Esto incluye discusiones que tienen un componente jurídico constitucional pero que se refieren a cuestiones públicas de primera importancia. En otras palabras, no se trata de un ejercicio argumentativo de meros legalismos o formalidades jurídicas, sino de discusiones públicas sustantivas, como qué política ambiental corresponde que adopte la comunidad; qué política de salud promover; qué hacer en materia de aborto; qué, en materia de derechos sociales. La defensa de ese ejercicio de argumentación colectiva no implica la creencia que la vida es un seminario. Se da por sentado aquí que la disputa en torno a la constitución ocurre en las aulas, en los periódicos, en los seminarios, pero también en las calles, en movilizaciones ciudadanas, en ejercicios de protesta, en situaciones de conflicto social severo. (p. 270)

Gargarella (2021) resalta:

Dialogar no implica una situación en la que otros deciden y nosotros aplaudimos; no es lo mismo que aceptar o rechazar lo que otros han decidido. Requiere foros que posibiliten la conversación y procedimientos que lo organicen, que favorezcan el intercambio de argumentos, la corrección mutua, la información transparente y completa para todos. (p. 271)

### Conclusiones y Recomendaciones

El modelo de la división de poderes y el de los frenos y contrapesos en América Latina, y particularmente en Colombia, fue replicado gracias al proceso constituyente que vivió Estado Unidos, no en un sentido de haberse hecho un trasplante fiel y exegético, sino más bien un proceso de inspiración constitucional manteniendo determinados institutos como el control judicial de leyes, y el juicio político como medios constitucionales capaces de prevenir ataques de los diferentes poderes. Se considera entonces, que el objetivo principal de instaurar el modelo de los frenos y contrapesos, era el de elaborar una estrategia que concibiera el poder desde una lógica agonal y del conflicto, para evitar las tendencias facciosas de las mayorías. Esta estrategia, dotaba a los poderes públicos de herramientas agonales o mecanismos constitucionales que intimidaran a los otros poderes, en caso de surgir una confrontación entre los mismos.

Queda claro, así, que en un modelo que privilegia la lógica agonal de los poderes públicos el constitucionalismo dialógico no tiene cabida. Los procesos deliberativos se hacen insatisfactorios, y la división de poderes dialógica que pretende estar comprometida con la persuasión incorporada en un sistema institucional de esta clase, es exigua. A su vez, se explicó el contexto ideológico sobre el cuál surge el sistema institucional tradicional, el cual estuvo cimentado bajo principios filosóficos (verdades primarias) que contraponen a la democracia deliberativa, y al diálogo en sí mismo. El sistema institucional colombiano, aunque enmarcado en un modelo de frenos y contrapesos tradicional e imperante, ha insistido en la búsqueda de formas de diálogo y deliberación al momento de tomar decisiones públicas, sobre todo instituciones como la Corte Constitucional. Durante los últimos años, la Corte Constitucional colombiana ha implementado algunas formas dialógicas en el ejercicio de su tarea judicial; estas formas de diálogo pueden incorporarse dentro de lo que se denomina constitucionalismo dialógico, no obstante, las bien intencionadas formas conversacionales de la Corte, evidencian algunos

problemas, en lo que se refiere a la discrecionalidad, y la ausencia de procesos deliberativos que involucren a todos los potencialmente afectados, en razón de justificar la decisión bajo parámetros de una democracia lo más deliberativa e inclusiva posible. Así mismo, también se puede considerar que estas formas de activismo judicial de la Corte Constitucional han suscitado grandes riesgos relacionados con el fenómeno de la juristocracia constitucional.

### Bibliografía

Ayuso, Barzotto, Benítez, R., Hakansson. N., Mora, R., Rodríguez, I., Santiago, Suárez. R. (2013). *Retos del derecho constitucional contemporáneo* (1ª edición). Astrea SAS.

Acuerdo 02/15, julio 22, 2015. Corte Constitucional . (Colombia). Obtenido el 5 de marzo de 2022.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Reforma%20Reglamento-19.pdf>

Bazán, V. (2017). *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales: recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*. (1ª edición). Ediciones Nueva Jurídica.

Bernal, C. (2018). *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica*. (1ª edición). Universidad Externado de Colombia.

Bohman, J. (1997). *Deliberative Democracy*. (1ª edición). The MIT Press.

Constitución política de Colombia [Const. P.]. (1991). Colombia. Obtenido el 5 de marzo de 2022.

<https://bit.ly/3iAt4eg>

Corte Constitucional [CC], septiembre 3, 2019. M.P.: G. Ortiz. Sentencia C-630/14. (Colombia). Obtenido el 05 marzo de 2022. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-630-14.htm>

Corte Constitucional [CC], octubre 7, 2004. M.P.: M. Cepeda. Sentencia C-971/04. (Colombia). Obtenido el 05 marzo de 2022. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-971-04.htm>

Corte Constitucional [CC], enero 22, 2004. M.P.: M. Cepeda. Sentencia T-025/04. (Colombia). Obtenido el 05 marzo de 2022. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>

Corte Constitucional [CC], octubre 20, 1998. M.P.: A. Martínez. Sentencia T-590/98. (Colombia).

Obtenido el 05 marzo de 2022. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-590-98.htm>

Corte Constitucional [CC], abril 15, 2020. M.P.: G. Ortiz. Sentencia C-122/20. (Colombia). Obtenido el 05 marzo de 2022. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-122-20.htm>

Corte Constitucional [CC], marzo 10, 2010. M.P.: J. Pretelt. Sentencia C-173/10. (Colombia). Obtenido el 05 marzo de 2022. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-173-10.htm>

Corte Constitucional [CC], abril 27, 2017. M.P.: G. Ortiz. Sentencia C-253/17. (Colombia). Obtenido el 11 marzo de 2022. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-253-17.htm>

Díaz, E. (2021). Desarrollo histórico del Principio de Separación de Poderes. *Revista de Derecho*, (38), 240-270. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85124997008>

Del Castillo Longas, A. (2014). *Influjo deliberativo de la democracia constitucional: Implicaciones en el procedimiento legislativo colombiano*. (1ª edición). Ediciones UNAULA.

Departamento Administrativo Nacional de Estadística. (2022, marzo). Encuesta de Cultura Política (ECP). <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/cultura/cultura-politica-encuesta>

FORUM – Divulgación del conocimiento SocioJurídico. (2021, septiembre, 2). El constitucionalismo dialógico y el discreto encanto de hablar sobre lo imposible. [Vídeo]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=5ypkWj6uQf0>

Facultad de Derecho Universidad de los Andes. (2022, febrero, 21). Las audiencias públicas en la Corte Constitucional colombiana (1992-2021). [Vídeo]. YouTube. [https://www.youtube.com/watch?v=M\\_a9tc\\_cMOo](https://www.youtube.com/watch?v=M_a9tc_cMOo)

Gargarella, R. (2021). *El derecho como una conversación entre iguales*. (1ª edición). Siglo Veintiuno Editores Argentina.

Gargarella, R. (2012). *La justicia frente al gobierno*. (1ª edición). Pensamiento jurídico contemporáneo.

Gargarella, R. (2014). *Por una justicia dialógica*. (1ª edición). Siglo Veintiuno Editores Argentina.

Gargarella, R. (2014). We the People Outside of the Constitution: The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances. *Current Legal Problems*, 67 (1), 1-47.  
<https://doi.org/10.1093/clp/cuu008>

Garavito, C. (2010). *Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*. (1ª edición). Universidad de los Andes.

Hernández, A. (1997). *Las ideas políticas en la historia*. (1ª edición). Universidad Externado de Colombia.

Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J. (1787). *The federalist papers*. Nueva York, Bantam Books.

Hogg, P., Bushell, A. (2013). El diálogo de la Carta entre los tribunales y las legislaturas. *Revista Argentina de teoría jurídica*, 14, 75-118. [diálogo entre tribunales y legisladores.pdf](#)

Hübner, C. (2018). *Cortes constitucionales y democracia deliberativa*. (1ª edición). Marcial Pons.

Naranjo, V. (2003). *Teoría constitucional e instituciones políticas* (9ª edición). Temis S.A.

Niembro, R. (2017). *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*. [Tesis doctoral inédita]. Universidad Complutense de Madrid.

NINO, C. (2003). *La constitución de la democracia deliberativa*. (1ª edición). Gedisa.

Ospina Celis, D. (2021). El sistema de frenos y contrapesos en Colombia y la sátira política. *Derecho y Realidad*, 19 (37), 75–88. <https://doi.org/10.19053/16923936.v19.n37.2021.13009>

Ospina Celis, D. (2018). El exhorto al legislador en Colombia y su eficacia como mecanismo de colaboración armónica entre las ramas. *Revista Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2346 0849, 557-572. <https://revistas->

[colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/36902/33821](http://colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/36902/33821)

Quintero, J., Navarro, A. y Meza, M. (2011). La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 3 (1), 69-80.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4767667>

Rawls, J. (1993). *Liberalismo político*. (1ª edición). Fondo de Cultura Económica.

Real Academia Española. (2021). Diccionario de la lengua española. Obtenido el 5 de marzo del 2022, desde <https://www.rae.es/>

Velandia, E. (2014). Control jurisdiccional de la inconstitucionalidad e inconvencionalidad por omisión.

*Revista jurídica Primera Instancia*. 2 (3), 178-179. <https://www.primerainstancia.com.mx/wp-content/uploads/2017/04/CONTROL-JURISDICCIONAL-DE-LA-INCONSTITUCIONALIDAD-E-INCONVENCIONALIDAD-POR-OMISI%C3%93N-Eduardo-Andr%C3%A9s-Velandia-Canosa.pdf>

Waldrom, J. (2018). *Contra el gobierno de los jueces: ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y tribunales*. (1ª edición). Siglo Veintiuno Editores Argentina.