**El constitucionalismo dialógico en democracias defectuosas**

Roberto Gargarella

En este trabajo, me ocuparé de examinar la teoría y la práctica del diálogo constitucional, en el contexto de democracias defectuosas. Me interesa explorar el significado, el alcance y los límites de esta práctica, en general, aunque, para los fines de este escrito, concentraré mi atención sobre el accionar posible del poder judicial.

En primer lugar, presentaré la concepción dialógica que aquí tomo como punto de partida, y mostraré el por qué de su importancia. Luego, haré mención de algunos de los problemas que parecen estar afectando a nuestras democracias constitucionales; y después de esto reflexionaré sobre las tareas que podría asumir el poder judicial, con el objeto de enfrentar las dificultades sociales e institucionales existentes.

Definiré al "diálogo constitucional" como una conversación abierta y continua entre las diferentes ramas del gobierno y el pueblo, con el objetivo de interpretar la Constitución (de modo similar, Bakker 2008, 215-6; también, Dor 2000). Mientras tanto, con la idea de "democracias defectuosas", haré referencia a las organizaciones políticas basadas en la elección periódica de autoridades, y afectadas gravemente en su funcionamiento por una secular historia de desigualdad. La desigualdad a la que aludo nos remite, al menos, a dos dificultades. La primera refiere a un sistema institucional que concentra el poder (particularmente, pero no sólo, en manos del Ejecutivo), expresando y reproduciendo, de ese modo, las inequidades políticas existentes (Linz y Stepan, 1978; Linz y Valenzuela, 1994; Nino, 1996). Esta primera dificultad, como veremos, ha generado inestabilidad democrática, y también la erosión gradual del sistema de "frenos y equilibrios". La segunda dificultad nos refiere a diferencias socioeconómicas que, según veremos, generan situaciones de dominación, subordinación, violencia política y protestas sociales.[[1]](#footnote-1) Creo que numerosas democracias modernas pueden caracterizarse como "democracias defectuosas", pero aun así tomaré mis ejemplos, fundamental (aunque no exclusivamente) de la práctica institucional en América Latina.

Diálogo constitucional: ¿Qué, y por qué?

Quienes concebimos a la democracia como un diálogo continuo entre todos los potencialmente afectados (Habermas1985), valoramos esta práctica porque la vemos como expresión de un proceso de toma de decisiones que toma en serio nuestra igual dignidad moral (Waldron 1999). La práctica del diálogo resulta valiosa en tanto asume que ninguno de nosotros está en una posición privilegiada (como consecuencia de su conocimiento, inteligencia, estatus social, origen racial, etc.) para decidir en nombre del resto. Ella presume, también, que cada persona es el "mejor juez" de sus propios intereses; que todos somos falibles y que, por tanto, una conversación con otros puede iluminarnos en relación a puntos de vista que no hemos sabido reconocer o sopesar adecuadamente; que una conversación con otros puede ayudarnos a advertir errores que no habíamos visto en nuestras propias posiciones; que de tal manera podemos comenzar a empatizar con las opiniones e intereses de los demás.

Para caracterizar mi enfoque sobre el diálogo constitucional, tendré en cuenta el ideal de una concepción deliberativa de la democracia. Aunque existen diferentes versiones de lo que es una democracia deliberativa, en este trabajo definiré la democracia deliberativa de acuerdo con las características básicas que mencioné en párrafos anteriores. Quiero decir, presupondré aquí que la democracia deliberativa está directamente relacionada con el ideal (habermasiano) de una discusión abierta y continua sobre temas de interés público (o moralidad pública) entre todos aquellos potencialmente afectados (Habermas 1998, Elster 1986, Nino 1996, Williams 2000). De acuerdo con esta definición, una democracia deliberativa adecuada, es decir, una que es capaz de crear decisiones públicas imparciales, se distingue por la presencia de dos características fundamentales, a saber: i) inclusión social; y ii) debate público. Para expresarlo de manera diferente, diría que las decisiones públicas tienden a perder imparcialidad o a sesgarse indebidamente cuando ciertos individuos o grupos de personas quedan excluidos del debate (típicamente, debido a la pobreza o la marginación social); y también cuando esas decisiones no están precedidas por un proceso sólido y abierto de discusión colectiva (comúnmente, debido a la influencia del dinero en la política y en la vida pública en general). Por lo demás, presupondré aquí que las mismas razones que apoyan la democracia dialógica iii) requieren que no se interfiera con cuestiones de moral privada o autorreferentes, es decir, cuestiones en las que nadie más se ve afectado más que uno mismo (Nino 1991). Cuando no hay terceros afectados, la cuestión nos refiere a temas de autonomía individual, y no de autogobierno colectivo. Y la democracia debe reservarse a los problemas de la moral pública (como diría Carlos Nino: ella carece de capacidades epistémicas para intervenir en cuestiones de moral privada). En este contexto, por razones como las antedichas, y teniendo en cuenta límites como los citados, es que asignaré valor a la justicia dialógica. En definitiva, aquí no consideraré válido al diálogo constitucional con independencia de su contenido, las razones en las que se apoya, su alcance, sus motivaciones, o los actores que participan en la conversación.

En el marco de una democracia deliberativa, abogaré por un enfoque dialógico del constitucionalismo en el que, como dijera, las diferentes ramas del gobierno y la ciudadanía en general, entablan una conversación con el objeto de interpretar las implicaciones reales de los valores constitucionales fundamentales. Este enfoque ya dice algo sobre qué es un diálogo constitucional, y qué no lo es. He explorado estos temas en otros trabajos, por lo que aquí me limitaré a subrayar los dos puntos siguientes, que me parecen particularmente relevantes. Primero, el diálogo constitucional no debe limitarse a un mero intercambio entre las ramas de gobierno, en donde "Nosotros, el pueblo", resultamos meros espectadores de lo que los agentes públicos deciden sobre temas de interés público. Además, diré que la idea de un diálogo constitucional se basa en supuestos igualitarios fundamentales, que son incompatibles con un esquema institucional en donde una de las ramas de gobierno se arroga el poder de pronunciar, en los hechos, la "última palabra". Lo mismo que en un diálogo dentro de la familia: la conversación no califica como un diálogo igualitario y valioso, si el padre puede comenzar o terminar la conversación a voluntad, con un golpe en la mesa.

Las democracias defectuosas y la corrosión del diálogo constitucional.

En esta sección, destacaré algunos problemas que considero distintivos de los sistemas constitucionales defectuosos -problemas que afectan gravemente el funcionamiento de una democracia dialógica. Mencionaré a seis de esos problemas: la exclusión política, económica y social; el problema de la “disonancia democrática” (que nos refiere al tipo de elitismo que sigue estando basado nuestro entramado institucional); a las dificultades derivadas de la concentración de poderes; a los problemas generados por una multiplicidad de derechos sociales que el sistema institucional invoca, pero no ayuda a satisfacer; al problema del perfeccionismo moral; y a los altos niveles de violencia político y social existentes. A continuación, caracterizaré brevemente a cada uno de estos problemas, de forma tal de que podamos contar, al final de esta sección, con una primera aproximación a las dificultades que confronta –y a las que debiera confrontar- una perspectiva jurídica comprometida con el diálogo entre iguales. En particular, indagaré sobre las posibilidades de acción del poder judicial, en el marco de tales problemas, y su capacidad para confrontarlos.

*Exclusión política, opresión económica y subordinación social*

América Latina obtuvo su independencia luego de cuatro siglos de un brutal proceso de colonización que creó y afirmó desigualdades extremas. Esas desigualdades extremas se reflejaron en todas las diferentes esferas de la sociedad –social, económica, política, constitucional– y desde entonces tendieron a mantenerse en su lugar, de modo persistente: América Latina se convirtió -y se mantiene desde entonces- como la región más desigual del mundo. En América Latina, la desigualdad es el producto de injusticias sociales, y genera nuevas y numerosas injusticias sociales, que son percibidas como tales (Karl 2002).[[2]](#footnote-2)

La presencia de desigualdades injustas, tanto como su permanencia, afectan la legitimidad del sistema democrático, erosionando sus cimientos. En la mayoría de los casos, cabe aclarar, las desigualdades referidas no se limitan a afectar a un grupo minoritario, sino que se extienden a la mayoría de la población. Las injusticias sociales y la exclusión social crean un problema significativo para el derecho. Ocurre que, cuando la ley se crea dentro de un contexto caracterizado por la exclusión social, ella tiende a sesgarse en favor de los "socialmente incluidos" o los políticamente más poderosos.

Las consecuencias de la desigualdad son múltiples, y entre ellas mencionaría la exclusión política que genera; las situaciones de opresión económica que favorece; y los estados de subordinación social que promueve. En América Latina, durante el período colonial, las situaciones extremas de desigualdad incluían, por ejemplo, la presencia de esclavos; la explotación de los grupos indígenas; el dominio de los hombres sobre las mujeres; la privación de todos los derechos políticos de los pobres; Después de la independencia, la mayoría de los países de la región introdujeron algunos cambios en su organización jurídica y social, a fines de abordar los peores aspectos de esas situaciones de opresión. La región pasó de una situación caracterizada por opresiones auspiciadas por el Estado, a otra en donde predominaba la igualdad formal.

Para mediados del siglo XIX, la mayoría de los países latinoamericanos habían abolido ya la esclavitud y los títulos de nobleza. Sin embargo, la lucha por establecer la igualdad legal todavía no llegaba a consolidarse (por ejemplo, las mujeres aún estaban privadas de todos sus derechos políticos; y las minorías indígenas permanecían viviendo en los márgenes de la sociedad, en situaciones de pobreza extrema). La "cuestión social" –cuestión que estuvo mayormente desatendida durante el siglo XIX- ganaría especial visibilidad en el siglo XX, particularmente después de la crisis económica y política mundial que estalló en las primeras décadas del nuevo siglo. Inicialmente, los países latinoamericanos tomaron nota, sobre todo, de las demandas de los trabajadores urbanos. Sólo más tarde, la mayoría de los países comenzaron a considerar, también, las demandas de otros grupos postergados, y las de las mujeres en particular.[[3]](#footnote-3)

Sin lugar a dudas, muchas de las reformas que se adoptaron, ya avanzado el siglo XX, representaron una mejora significativa para la situación de las mujeres en América Latina. Sin embargo, aún así, el colectivo de las mujeres no logró –no lo ha logrado hasta hoy- superar una situación de subordinación social creada reforzada por el derecho, durante siglos, y mucho menos resolver situaciones de desigualdad de trato que refieren a cuestiones como las vinculadas con los derechos reproductivos; la desigualdad salarial; el desigual acceso a los puestos de trabajo; los “techos de cristal”, etc., (ver Bergallo, Jaramillo Sierra, Vaggione 2018).

Mientras tanto, sólo a fines del siglo XX, y a través de nuevas reformas legales, cambios constitucionales y la firma de nuevos tratados internacionales, América Latina comenzó a tomar más en serio las demandas y derechos de los grupos aborígenes, que habían permanecido fundamentalmente ignorados hasta ese momento: ellos eran los marginados entre los marginados (Yrigoyen Fajardo 2011, 132).[[4]](#footnote-4) A pesar de estos avances legales, son muchas las dificultades derivadas de la desigualdad, que permanecen plenamente intactas, afectando a los grupos indígenas. Conforme a la CEPAL (Comisión Económica de las Naciones Unidas para América Latina y el Caribe), “después de siglos de exclusión y negación, el 10% de la población de la región es de origen indígena y otro 30% es de origen africano, incluidos los de raza negra y mestiza. Tales personas siguen siendo tratadas como minorías, incluso cuando en realidad son mayorías en sus propios países: en toda América Latina y el Caribe, la etnicidad tiende a ser sinónimo de pobreza ".[[5]](#footnote-5)

*“Disonancia democrática”*

En segundo lugar, aludiría a las tensiones que existen entre las altas expectativas y demandas (democráticas) de la ciudadanía, que han aumentado en número e intensidad en las últimas décadas, y las limitadas oportunidades para la decisión y el control ciudadanos, ofrecidas por nuestro sistema institucional (sistema que por lo tanto aparece como una "chaqueta estrecha" que restringe, en lugar de ayudar a canalizar, las exigencias de los ciudadanos).

Las "altas expectativas y demandas democráticas" de la ciudadanía se refieren a lo que podríamos llamar el *hecho de democracia,* es decir, la convicción compartida de que nuestra voz debe ser considerada para decidir aquellos asuntos que afectan significativamente nuestras vidas.[[6]](#footnote-6) Según entiendo, el “hecho de la democracia” representa un rasgo distintivo de las democracias contemporáneas, lo que ayuda a explicar las situaciones de “desencanto” o “hastío” político que parecen propias de nuestro tiempo. [[7]](#footnote-7) En el caso de América Latina, se podría decir que las tensiones entre las expectativas / demandas de los ciudadanos, y las oportunidades que ofrece el sistema institucional son mayores que en otros contextos, debido a los niveles de movilización social y participación popular que han caracterizado la vida pública del continente. [[8]](#footnote-8)

Qué agregar, por lo demás, sobre las "oportunidades democráticas limitadas" a las que me he referido? Según entiendo, los sistemas constitucionales prevalecientes fueron diseñados en un momento caracterizado por lo que Roberto Unger denominó “una cierta incomodidad con la democracia" –en otros términos, fueron el resultado de supuestos elitistas (éste es el "pequeño secreto sucio" del constitucionalismo al que el propio Unger hiciera referencia, Unger 1996, 72).[[9]](#footnote-9) Como resultado de tales supuestos, el sistema institucional creado organizó un sistema representativo basado en una idea de la representación limitada (representación como “primera opción” y no como "mal necesario" o "segundo mejor", lo que hubiera abierto al sistema a opciones más participativas); mostró una clara preferencia por la adopción de “controles internos” o “endógenos,” antes que otros “externos” o “populares;” y terminó por establecer (lo que Unger caracterizó como) una “hipertrofia de prácticas y acuerdos contra-mayoritarios” (Unger 1996, 72, 198, Balkin 1995, 1951).

Para nuestros propósitos, resaltaría además que el sistema institucional creado entonces, se propuso, centralmente, "prevenir las opresiones mutuas", antes que favorecer la deliberación democrática.[[10]](#footnote-10) El objetivo de prevenir o impedir la "opresión mutua" constituye, sin lugar dudas, un fin social y políticamente importante pero, claramente, no es algo que los defensores de la democracia deliberativa exigirían o celebrarían en la actualidad. Es cierto que, al impedir la “mutua opresión” se favorecen (lo que podríamos considerar como) las precondiciones del diálogo público pero, sin embargo, la distancia que existe entre “prevenir la guerra civil” y “promover el diálogo democrático” es demasiado grande como para ignorarla.[[11]](#footnote-11) Finalmente, nuestro sistema institucional sirvió aceptablemente al primer propósito mencionado, pero no parece en absoluto bien preparado para contribuir al segundo objetivo.

*Concentración de poderes e hiper-presidencialismo: violación de los derechos, inestabilidad política y un "sistema desbalanceado de frenos y balances"*

La existencia de históricas desigualdades ha favorecido la concentración de los poderes (económicos y políticos) en América Latina. Los sistemas híper-presidencialistas se han convertido, en tales contextos, en la expresión principal de las desigualdades políticas existentes dentro del sistema institucional. Según Carlos Nino, quien acuñó dicho término, el concepto de "híper-presidencialismo" puede entenderse mejor comparativamente, en particular si examinamos las facultades asignadas al Presidente en las Constituciones de América Latina, y las comparamos con las que se reservaron para el mismo puesto en la Constitución de los Estados Unidos (Nino 1992, 524 y sigs.). Con su definición, Nino aludía, entonces, a los poderes (adicionales) otorgados a los presidentes latinoamericanos en asuntos relacionados con la declaración del estado de sitio; la intervención federal en las provincias; el nombramiento y destitución discrecional de los ministros; o los poderes legislativos.

Parece claro que la concentración de poderes puede implicar (como en la realidad lo ha implicado, muchas veces), la suspensión, supresión o violación de los derechos. Estas violaciones de derechos pueden deberse a diferentes circunstancias pero, en América Latina, ellas se han relacionado frecuentemente –y tal como vimos- con el fortalecimiento de la autoridad del Ejecutivo: los estados de sitio; los estados de conmoción interna; los estados de emergencia; los estados de excepción; y la intervención federal representan sólo algunas de las muchas formas en que el poder político se ha acumulado en unas pocas manos y, a consecuencia de ellos, los derechos han pasado a quedar bajo amenaza.[[12]](#footnote-12)

Por lo demás, la combinación de un sistema de "checks and balances" con un Poder Ejecutivo fuerte, resulta muy problemática. De hecho, todo el sentido de tener un sistema de "checks and balances" es el de garantizar el equilibrio interno entre las distintas ramas de gobierno, evitando así las intrusiones mutuas, tal como lo sostuviera Madison en *Federalist Papers* n. 51. Sin embargo, cuando diseñamos un sistema de control mutuo entre las ramas de gobierno y, al mismo tiempo, permitimos que una de las ramas resulte mucho más poderosa que las otras, desafiamos, si no es que directamente socavamos, lo hecho en primer lugar. La adopción de un sistema tan peculiar (desequilibrado) de "controles y equilibrios" ha creado numerosos problemas en la vida de los países latinoamericanos. Probablemente, el más importante se relaciona con el nivel de *inestabilidad política* que el híper-presidencialismo ayudó a generar, -inestabilidad que ha caracterizado la vida política de la región, desde principios del siglo XX, cuando tuvieron lugar los primeros golpes militares que luego se prolongarían durante el resto del siglo.[[13]](#footnote-13)

Peor aún, el "sistema desbalanceado de frenos y balances" generó otra dificultad crucial, cual fue la *gradual erosión de la división de poderes*. La debilidad del sistema de "controles internos" permitió que el presidente obtuviera un control gradual sobre el Congreso; que pusiera a toda la burocracia administrativa bajo su autoridad discrecional; y además -algo de particular importancia para los propósitos de este texto- que los jueces se acostumbraran a trabajar bajo las presiones persistentes de los poderes económicos y políticos (típicamente, el Ejecutivo), y/o terminaran por convertirse en deferentes al poder de turno.

*Los derechos sociales y el problema de la “sala de máquinas de la Constitución”*

Hay al menos dos elementos que vale la pena considerar, en relación con el estatus de los derechos sociales en el constitucionalismo latinoamericano. Por un lado, América Latina sigue siendo la región más desigual del mundo, por lo cual, esperablemente, los derechos sociales resultan violados sistemática y masivamente todos los días. Por otro lado, las Constituciones latinoamericanas incluyen amplísimas declaraciones de derechos sociales, económicos, humanos, culturales y multiculturales, de un modo que no encontramos en ninguna otra región en el mundo. Las Constituciones regionales han sido las primeras en el mundo en adoptar una lista de derechos sociales y económicos (así, en México 1917), y son también las más generosas del mundo en este respecto.[[14]](#footnote-14) Desafortunadamente, y de modo habitual, los derechos sociales no son puestos en práctica, y los sistemas institucionales muestran graves dificultades para garantizar la implementación de esos derechos. Estas situaciones de violación sistemática de exigencias constitucionales crean problemas adicionales para el constitucionalismo: socavan la legitimidad del sistema y favorecen la pérdida de la fe colectiva en él.

En escritos anteriores, mantuve que esos problemas se originan, al menos en parte, en una comprensión errónea del constitucionalismo. El hecho es que, desde principios del siglo XX, los latinoamericanos introdujeron cambios drásticos en su organización de derechos (casi todos ellos comenzaron a introducir más y más derechos sociales en sus textos constitucionales), pero ellos no cambiaron su organización de poderes de modo acorde. Como resultado de ello, las Constituciones latinoamericanas exhiben, todavía hoy, declaraciones de derechos muy "progresistas" (estilo siglo XXI, digamos) y, al mismo tiempo, organizaciones de poderes muy anticuadas (estilo del siglo XVIII), que todavía se caracterizan por una concentración acentuada de poderes. En varios trabajos he tratado este problema, al que llamo “el problema de la sala de máquinas” de las nuevas Constituciones, que consiste en la introducción de cambios radicales en el área de derechos, al tiempo que se conserva, básicamente intacta, la antigua estructura de poderes. Como he tratado de demostrar en otros trabajos, este marco institucional tiende a ser letal para la aplicación o la vida real de los "nuevos derechos": esos derechos progresivos terminan resultando, finalmente, dependientes de la voluntad discrecional de unos pocos (y particularmente de la voluntad del Presidente), en control del poder político (Gargarella 2010, 2013).

*Perfeccionismo moral*

Históricamente, el conservadurismo político ha venido de la mano del perfeccionismo moral. Por perfeccionismo moral entiendo la visión que sostiene i) que hay ciertos valores morales objetivos o correctos; y ii) que corresponde a las autoridades estatales usar los poderes coercitivos a su disposición para hacer cumplir o poner en práctica esos valores morales objetivamente defendibles. En el caso de América Latina, el conservadurismo político y el perfeccionismo moral se han mostrado unidos, en ocasiones, en el contexto de gobiernos conservadores y democráticos y, más frecuentemente aún, en el contexto de regímenes autoritarios. Este tipo de autoritarismo fue particularmente común durante el siglo XIX, y podría describirse como el legado del período colonial -el tiempo de "la cruz y la espada"- que en realidad expresó la alianza duradera entre el Ejército y la Iglesia. Por lo general, este tipo de conservadurismo político también encontró expresión en la Constitución. De hecho, en las décadas que siguieron a la independencia, la mayoría de los regímenes conservadores crearon nuevas constituciones o modificaron las existentes, a fin de promulgar un nuevo tipo de Constitución, que definía la organización de poderes de acuerdo con supuestos políticamente elitistas, y organizaba la declaración de derechos según las exigencias moralmente perfeccionistas de la Iglesia. A finales del siglo XIX y principios del siglo XX, la mayoría de esas Constituciones habían desaparecido, pero los legados del conservadurismo se mantuvieron más allá de ellas. En la actualidad, la vida política de América Latina continúa oscilando entre iniciativas liberales y conservadoras, lo que implica que, una y otra vez, las autoridades públicas (políticas o judiciales) intentan imponer o implementar políticas moralmente perfeccionistas, incluida la criminalización de conductas puramente privadas; la prohibición o persecución de la homosexualidad y las políticas extremadamente conservadoras en materia de salud reproductiva.

*Violencia política y social*

La existencia de desigualdades injustas (y sus derivados, a saber, situaciones de dominación política, opresión social, discriminación económica, etc.) ha sido una de las razones principales (pero no exclusivas) de los frecuentes brotes de violencia política y social que afectan a la región con regularidad. La violencia política fue un fenómeno común después de la independencia, cuando fuerzas políticas opuestas disputaron sobre cómo reorganizar las nuevas sociedades, en un marco dominado por la desigualdad. La primera mitad del siglo XIX fue el escenario de numerosas guerras civiles y enfrentamientos recurrentes entre facciones opuestas. A mediados del siglo XIX, y tras la ola de las "revoluciones democráticas" en Europa, aparecieron nuevas explosiones de descontento civil en Chile, Perú y Colombia. Asimismo, a comienzos del nuevo siglo, con la crisis económica mundial (que implicaba, en América Latina, la crisis del viejo modelo autoritario de “orden y progreso” que había prevalecido desde la década de 1880) surgió una nueva ola de violencia sociopolítica que vino a afectar a la mayoría de los países de la región, comenzando con la revolución mexicana de 1910 (Hobsbawm 1995, cap. 2; Hobsbawm 1998; Angell 1994). Sin embargo, seguramente, el estallido más significativo e influyente de violencia política en la región apareció a mediados de la década de 1960, con la Revolución Cubana y los numerosos brotes de violencia política que siguieron su ejemplo, incluida la revolución liderada por el Frente Sandinista de Liberación Nacional (FSLN), que puso fin a la dictadura de Antonio Somoza en 1979.

En una nota diferente, me gustaría hacer una breve referencia a la historia de las protestas sociales que también distingue a la vida política de América Latina. Durante el siglo XX, muchas de esas protestas fueron dirigidas por poderosos sindicatos, que crecieron enormemente a mediados del siglo XX, después del período de sustitución de importaciones que tuvo lugar durante los años de la Segunda Guerra Mundial, particularmente en países como Argentina, Venezuela o México Sin embargo, notablemente, las protestas sociales no se extinguieron después del período de ajustes económicos, privatización y desindustrialización que se hicieron comunes en toda la región durante la década de 1990 y que terminaron con niveles de desempleo sin precedentes. Formados en la defensa de sus derechos durante el período de alta sindicalización (1940-1990), numerosos trabajadores, ahora desempleados, se organizaron y protestaron contra la prevalencia de los programas económicos neoliberales. Las protestas incluyeron aquellas que explotaron en 2001, en Argentina, promovidas por los piqueteros (usualmente personas desempleadas que bloquearon las vías nacionales para llamar la atención pública sobre sus demandas); las manifestaciones consistentes y poderosas en defensa de su derecho a la tierra, promovidas por el Movimento Sem Terra (MST) en Brasil; las “guerras” por “agua y gas en Bolivia, durante 2000 y 2005; las “invasiones” producidas en Perú, o las tomas de tierras que se realizaron en Chile, en terrenos privados o públicos; las protestas de los jóvenes estudiantes -los “pingüinos”- en Chile; las luchas lideradas por los mapuches, en la Patagonia argentina, y en el sur de Chile, en defensa de los derechos indígenas; las numerosas disputas ambientales, en particular contra las compañías mineras, que aparecieron en toda la región en las últimas décadas; etc.

Finalmente: la violencia social merece un tratamiento diferente, aunque –tanto como la violencia política- ella también parece estar relacionada con la pobreza masiva y las desigualdades injustificadas. La pobreza tiende a generar malestar social, favoreciendo en muchas ocasiones la producción de acciones delictivas y el surgimiento de organizaciones criminales; mientras que la alta desigualdad tiende a favorecer los delitos violentos. Según un informe reciente (2018), América Latina es la región más violenta del mundo: aunque incluye sólo al 8 por ciento de la población mundial, es allí donde ocurre el 33 por ciento de los homicidios (que tienden a concentrarse en sólo cuatro países, a saber, Brasil, Colombia, México y Venezuela. En América Latina también se encuentran 17 de los 20 países (y 43 de las 50 ciudades) del mundo con las tasas más altas de homicidios. Las principales causas de estas cifras, según el informe citado, son la desigualdad, los jóvenes desempleados, las familias desplazadas, los servicios gubernamentales deficientes, las armas de fuego fácilmente disponibles.[[15]](#footnote-15) A través de las muchas expresiones de la violencia social (que incluyen organizaciones criminales, narcotraficantes, pandillas, fuerzas policiales que se involucran en delitos, etc.) América Latina sigue siendo no sólo la región más desigual, sino también la más insegura del mundo. La violencia social provoca la corrosión de la vida cívica y parece ser un factor crítico para explicar la pérdida de fe en las democracias contemporáneas.

Dialogo constitucional, diálogo judicial: Requerido, posible pero poco probable

En las páginas siguientes examinaré la posible contribución del poder judicial a la reparación o el fortalecimiento de nuestras democracias defectuosas, de acuerdo con los valores del constitucionalismo dialógico. Pero lo haré con una advertencia inicial: no creo que el sistema judicial esté bien preparado para llevar a cabo esa contribución, sobre todo de manera estable. Más precisamente, mantendré que los jueces no se encuentran impedidos para hacer esa importante contribución, pero al mismo tiempo carecen de los incentivos adecuados para asumir el rol deseado. Por lo tanto, concluiré, puede tener sentido alentar a los jueces a trabajar en línea con los objetivos de una democracia deliberativa, pero no es sensato pensar que, dentro del esquema institucional prevaleciente, ellos van a verse movidos a actuar en la dirección que deseamos. Estabilizar tales comportamientos requeriría de una estructura institucional que seguramente necesitamos, pero con la que hoy todavía no contamos.

Considero que los jueces no sólo carecen de incentivos para participar en un ejercicio dialógico, sino que encuentran más límites que oportunidades para actuar de manera conversacional. Para empezar, la función constitucional de los jueces no está bien definida y el alcance y los límites de su misión siguen sin estar claros. Cuando decimos que los jueces tienen que "proteger la Constitución", decimos, por un lado, muy poco, porque los jueces necesitan instrucciones mucho más específicas; pero también decimos demasiado, porque la Constitución refiere a todos los asuntos públicos relevantes. Las cosas se vuelven mucho más complicadas cuando nos damos cuenta de que no tenemos (y no tendremos) fórmulas interpretativas ampliamente compartidas. Por el contrario, existen teorías interpretativas de todo tipo, que permiten que los jueces decidan de un modo o del modo contrario, y que lo hagan siempre invocando la autoridad de la Constitución. La pregunta es, entonces: ¿por qué los jueces atarían sus propias manos, para intervenir sólo en un rango limitado de casos; y para decidirlos luego de manera "estrecha y superficial" (digamos, de acuerdo con los requisitos de una cierta teoría dialógica)? (Sunstein 2001) ¿Por qué actuarían de modo semejante, pudiendo hacer exactamente lo contrario (digamos, decidir de manera "amplia y profunda")? ¿Por qué adoptarían el camino de la autolimitación si, adoptando el camino opuesto, encontraran la posibilidad de expandir sus propios poderes, o de aumentar su capacidad de "amenaza" sobre las autoridades políticas? Imaginemos algunas posibles razones.

Tal vez, en un momento en que muchos de sus colegas, en otros tribunales, locales e internacionales, deciden explorar estrategias dialógicas (o de otro tipo), los jueces pueden encontrar motivaciones para imitar y seguir lo que hacen sus colegas, a fin de compartir el prestigio que puede venir unido a ese u otro comportamiento. En un determinado momento, además, puede ponerse a la moda el comportarse de una manera u otra. Es posible, por lo demás, que en momentos en que las instituciones políticas y judiciales son vistas como parte de una élite distante, a los funcionarios públicos les resulte atractivo optar por alternativas que les prometan recuperar parte del respeto público perdido. De hecho, en ciertos contextos, las alternativas dialógicas se tornaron populares entre los jueces como una estrategia destinada a recuperar la legitimidad popular y la consideración pública que habían perdido en el camino. Puede ocurrir por lo demás, que los jueces se involucren en una relación dialógica con los poderes políticos, como un modo de eludir ciertas responsabilidades costosas. En efecto, los jueces no quieren incurrir en costos de reputación; ni tampoco quieren pagar costos políticos, a resultas de su accionar (digamos, no quieren perder la legitimidad que necesitan para estabilizar las decisiones que producen); y, lo que es más importante, ellos temen las sanciones formales e informales provenientes de los poderes políticos. Todos estos elementos motivacionales son importantes para comprender su comportamiento o predecir sus reacciones, pero, nuevamente, ninguno de ellos sugiere que los jueces se involucrarán, de manera estable, en ejercicios de tipo dialógico, como los que aquí propondré. En el contexto de sistemas institucionales débiles, los jueces tienden a actuar con más prudencia hacia el gobierno actual, y más agresivamente hacia la coalición que dejó el poder, pero eso no dice mucho sobre su motivación para entablar una conversación franca con los demás poderes, o para asumir una actitud de cooperación con las ramas políticas (Helmke 2004).

En resumen, parece irrazonable pensar que los jueces se limitarán a actuar de la manera requerida por una teoría dialógica: no se trata de actores irracionales. En definitiva, y teniendo en cuenta los poderes institucionales típicamente asignados a los altos cargos judiciales, podemos predecir que los jueces no se apegarán a un enfoque dialógico (o similares), aunque estarán abiertos a adoptarlo ocasionalmente, probablemente como resultado de un cálculo autointeresado (por ejemplo, como una forma de recuperar legitimidad).

¿Qué podrían (deberían) hacer los jueces a favor de un diálogo constitucional?

En principio, al entablar un diálogo con el público o con las otras ramas, el poder judicial no sólo puede ayudar a fortalecer el diálogo colectivo en formas que de otro modo serían difíciles de lograr, sino también evitar las razonables y comunes críticas que se dirigen contra su limitada legitimidad.

En todo caso, y antes de detallar los modos posibles del diálogo judicial, permítanme decir algo más sobre lo que entiendo por diálogo judicial, dados los desacuerdos que tenemos al respecto.[[16]](#footnote-16) Algunos autores, por ejemplo, han utilizado el lenguaje del diálogo judicial y la conversación para (re) describir exactamente el tipo de revisión judicial que caracterizó la práctica legal de los Estados Unidos desde comienzos del siglo XIX. Otros (y éste es también mi propio caso) proponen utilizar la idea de diálogo para referirse a ciertas novedades o cambios que han aparecido gradualmente en nuestras democracias, en relación con la práctica de la revisión judicial.[[17]](#footnote-17) Estas novedades van desde cambios sutiles en la actitud de nuestros jueces (más apertura o sensibilidad hacia las opiniones de los poderes políticos), hasta la organización sin precedentes de audiencias públicas con representantes de movimientos sociales, ONG y el gobierno. Desde mi punto de vista, encontramos una situación de diálogo cuando los jueces abandonan su enfoque tradicional de la revisión judicial y, en lugar de limitarse a validar o invalidar la legislación, se comprometen abierta y conjuntamente con los poderes políticos y / o el público en general, en la tarea de la interpretación constitucional.

La posible contribución del poder judicial al diálogo colectivo y democrático se deriva principalmente de su peculiar posición institucional.[[18]](#footnote-18) La principal misión institucional del poder judicial es la de recibir quejas de todos aquellos que se consideran tratados indebidamente por el proceso de toma de decisiones mayoritario. Los jueces están obligados a escuchar y tomar nota de esas quejas, y obligados también a darles una respuesta justificada, basada en razones públicas. En este sentido, los jueces se encuentran en una posición excepcional para integrar los puntos de vista de los perjudicados, y para sopesar debidamente los intereses de aquellos que son desplazados de la arena democrática.[[19]](#footnote-19)

Desde ese significativo lugar institucional, los jueces pueden ayudar a mejorar el sistema democrático, precisamente en aquellos aspectos en los que nuestro defectuoso sistema democrático necesita más ayuda. Afortunadamente, y a pesar de la falta de incentivos que tienen para comportarse de la manera deseada, los jueces tienen numerosos medios a su disposición, que pueden ayudarlos a trabajar en la dirección de una democracia dialógica. Algunos de esos medios están constitucionalmente establecidos y regulados formalmente. Muchos otros no están establecidos institucionalmente, pero aún así pueden considerarse al alcance de sus atribuciones (al menos dentro del alcance de las atribuciones que puede aceptar una concepción razonable de la función judicial y la democracia deliberativa). Todos los medios y recursos que consideraremos a continuación nos refieren a instrumentos que permitirían a los jueces realizar una contribución importante al diálogo constitucional, sin interferir indebidamente en áreas que son competencia exclusiva de los poderes políticos (digamos, el diseño de políticas públicas particulares).

Permítanme describir brevemente, entonces, algunas de las cosas que los jueces podrían hacer para favorecer los valores del constitucionalismo dialógico. Al hacerlo, asumiré que debemos repensar el papel constitucional de los jueces de acuerdo con las enseñanzas de la historia. Sostendré entonces, junto a Cass Sunstein, que las Constituciones deben entenderse como estrategias de pre-compromiso, utilizadas para “proteger (a la sociedad) contra los problemas más comunes [que enfrentan].” En otros términos “las Constituciones deben trabajar en contra de las tendencias más amenazantes que enfrenta una nación "(Sunstein 1993, 36). Lo mismo ocurre con los jueces: la tarea judicial debe reconsiderarse, teniendo en cuenta las tendencias más amenazantes que la sociedad en cuestión enfrenta.

La lista de respuestas judiciales posibles, que expondré a continuación, no es exhaustiva. Ella refiere, por lo demás, a acciones que pueden ser finalmente requeridas a las diferentes ramas de poder, de acuerdo con su peculiar posición institucional y legitimidad democrática. Solo me centraré, de todos modos, en la posible intervención del poder judicial.

Democracia: reconstrucción democrática

La primera respuesta que quiero explorar se relaciona con las acciones judiciales dirigidas a reparar ciertas fallas graves en el funcionamiento del democrático –fallas que, como vimos, son capaces de erosionar seriamente la legitimidad de nuestra democracia constitucional. Conocemos ya ciertas sugerencias doctrinarias dirigidas a atender cuestiones semejantes. Por ejemplo, contamos con la propuesta de John Ely, que nos lleva a pensar en los jueces como guardianes del procedimiento democrático, a la vez que propone interpretar la Constitución de modo de reforzar la representación (*representation-reinforcing approach*, luego vuelvo sobre esta visión). Además, conocemos las propuestas que sugieren que los jueces utilicen los poderes a su disposición para enfrentar situaciones de injusticia estructural. Así, por ejemplo, en la opinión de Owen Fiss acerca de las interdicciones estructurales (*structural injunctions,* Fiss 1978, más sobre esto más adelante).

Ahora bien, los enfoques procesales sobre la revisión judicial, como el de Ely, piden a los jueces salvaguardar (impedir que se socave), en lugar de reconstruir, el sistema democrático. Mientras tanto, los remedios estructurales que conocemos, como los que propone Fiss, están dirigidos principalmente a reparar los daños derivados de la violación de derechos, antes que a favorecer la reconstrucción democrática. Pienso, por tanto, en la posibilidad de que los jueces utilicen los medios y los recursos bajo su control para "reparar" o restaurar secciones de nuestra organización democrática que ya no funcionan de la manera requerida o esperada. La idea sería que los jueces también ayuden a recuperar a nuestras dañadas democracias constitucionales; en otras palabras, que ayuden a hacer posible que la ciudadanía recupere su capacidad republicana para *decidir directamente y controlar* lo que hacen sus agentes, como alguna vez lo imaginara Thomas Jefferson. Los jueces podrían, en este sentido, y por ejemplo, requerir que los grupos afectados sean consultados directamente cuando sus intereses se vean seriamente afectados por decisiones públicas relevantes; u organizar audiencias públicas para garantizar que los sectores más desaventajados participen en la elaboración o corrección de los programas que lastiman sus intereses fundamentales. La notable serie de audiencias públicas convocadas por la Corte Suprema de Argentina en el caso de la Cuenca del Río Matanza-Riachuelo resulta, en principio, atractiva en este respecto. Iniciado en 2004, el caso involucraba daños derivados de la contaminación del río Matanza-Riachuelo, que afectó a millones de personas. Se trató de un ejemplo típico de reforma estructural, frente a una política (o, más bien, la ausencia de políticas) que implicaba la violación masiva de derechos, e involucraba además a numerosos actores, con diferentes niveles de responsabilidad, incluido el Gobierno Nacional; la provincia de Buenos Aires; la Ciudad de Buenos Aires y 44 empresas privadas que vertían desechos peligrosos en el río. Las primeras audiencias organizadas por la Corte parecían estar orientadas en la dirección correcta: el tribunal pidió entonces la participación de las personas directamente afectadas y obligó a las autoridades políticas a presentar un plan adecuado para abordar la contaminación del río. Sin embargo, desde el principio, el proceso mostró límites significativos: las empresas privadas y los grupos desfavorecidos fueron –indebidamente- situados en el mismo nivel, en esas audiencias (como si el valor de sus reclamos fuera en algún sentido equivalente); y los más afectados perdieron gradualmente el control del proceso de toma de decisiones y el control de lo que se las autoridades hacían.

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia creó, en su momento, la figura del "estado de cosas inconstitucional", que aparece como pariente directo de las *structural injuctions*. La Corte Colombiana puede declarar dicho estado ante una grave y masiva violación de los derechos, producto de problemas estructurales de larga data. Frente a este tipo de casos, el Tribunal puede adoptar medidas "estructurales", que no solo benefician a los demandantes en una tutela individual, sino también a otras personas que comparten la misma situación. Esta doctrina fue promovida por primera vez por el máximo tribunal colombiano en su Decisión T-153, de 28 de abril de 1998, donde la Corte tuvo la oportunidad de examinar las condiciones de vida de los reclusos en las cárceles nacionales. Más significativamente, la Corte Constitucional declaró un estado de cosas inconstitucional frente a la situación de exclusión extrema sufrida por la población “desplazada” por la situación de guerra interna que vivió el país durante décadas (Cepeda 2005). Desde la perspectiva que se presentó aquí, las iniciativas de este tipo parecen estar bien dirigidas para comenzar a enfrentar problemas importantes y arraigados, que requieren el esfuerzo cooperativo de diferentes secciones del gobierno para enfrentarlos (Waldron 2017). Cabe insistir, sin embargo, con que estas notables iniciativas promovidas por la Corte se dirigieron fundamentalmente a enfrentar situaciones graves de violaciones masivas de derechos, pero no para ayudar a restaurar o fortalecer radicalmente los cimientos básicos del sistema democrático. De hecho, en Colombia, más que en otros países, la política democrática se ha visto históricamente afectada por numerosos factores, desde la violencia política severa hasta la desigualdad radical, las actividades narco-criminales y la presión de las élites poderosas. Ante tales circunstancias extremas, la Corte podría haber hecho una contribución muy significativa a la democracia. Sin embargo, ella optó por no hacerlo.

Deliberación: Salvaguardar los procedimientos de una democracia deliberativa.

Los tribunales pueden contribuir al diálogo constitucional no sólo promoviendo activamente una conversación entre actores políticos, como veremos más adelante, sino también a través de medidas más "defensivas", orientadas a salvaguardar las (pre) condiciones procesales del diálogo democrático. John Ely popularizó un criterio similar, argumentando que la Corte Suprema debía interpretar la Constitución de modo tal de impedir el deterioro de las bases procedimentales de la democracia. Para cumplir con esta misión, sostuvo Ely, los jueces debían, ante todo, "despejar los canales de cambio político". Ahora, ¿qué podría implicar esta propuesta de "limpiar los canales de cambio político"?

Según Ely, su enfoque "orientado a la participación" o "reforzador de la representación" implicaba, primero, una protección especial para los derechos de expresión, prensa, reunión, petición y asociación política, derechos fundamentales para el funcionamiento de una democracia representativa. En otras palabras, los jueces debían examinar todas las restricciones en el área, con un *escrutinio estricto*, y suponiendo que las limitaciones del caso eran contraria a la Constitución. Lo mismo podría decirse, por ejemplo, con los derechos de voto y los casos de "gerrymandering" político.

El problema que veo con este criterio es que el mismo se basa en una concepción estrecha –pluralista- de la democracia (en este sentido, también, Sunstein 1993). Desde mi punto de vista, un enfoque procedimentalista como el propuesto por Ely puede ser en principio suscripto, pero teniendo en mente, en cambio, una comprensión deliberativa de la democracia. Como consecuencia de ello, la misión de los jueces sería la de salvaguardar las *condiciones procesales de la democracia deliberativa*. Ello podría implicar, por ejemplo, que los tribunales requieran a los legisladores que abran el proceso de toma de decisiones al público, evitando o reduciendo así la influencia de los grupos de interés; o que exijan a las autoridades políticas que convoquen audiencias públicas para supervisar aspectos cruciales de la aplicación de la ley. Más radicalmente, la Corte podría analizar el proceso legislativo, a fin de garantizar que el mismo no se convierta en la mera fachada de una decisión tomada, en los hechos, por grupos de interés.

En los últimos años, algunos tribunales "activistas" parecen haber adoptado un enfoque de este tipo. Por ejemplo, los cientistas sociales Scott y Macklem han estudiado y descrito la jurisprudencia de la Corte de la India, prestando especial atención a la "interacción continua" o conversación entre las ramas, estimulada por la Corte Suprema. Para ellos, "la experiencia de la India sugiere que puede ser apropiado permitir que el poder judicial defienda ciertas soluciones para incitar a las otras ramas a debates generales y respuestas concretas que a la larga son más democráticamente legítimas y efectivas" (Scott & Macklem 1992, 130). Creo que, en ciertas ocasiones, el Tribunal de la India fue más allá de las demandas y los límites sugeridos por un esquema deliberativo, y asumió responsabilidades que debería haber dejado a los poderes políticos. Sin embargo, sigo pensando que muchos fallos de aquella Corte son capaces de ofrecernos ejemplos únicos acerca de de cómo podría decidir un tribunal comprometido con una visión deliberativa.

La Corte colombiana también dejó en claro que estaba preparada para salvaguardar las condiciones procesales de una democracia deliberativa y, por lo tanto, dispuesta a invalidar las normas que aparecían producto de meros "intereses desnudos". Por lo tanto, en numerosas oportunidades, impugnó decisiones legislativas que no habían sido objeto de un proceso deliberativo cuidadoso. Por ejemplo, en un importante caso del 2004, ella se opuso al llamado “estatuto antiterrorista,” que representaba una parte crucial de la agenda política del presidente Uribe (entonces recientemente reelegido y extremadamente poderoso). A pesar de la complejidad del caso, la Corte rechazó la iniciativa legislativa después de reconocer que más de una docena de representantes que votaron por el estatuto polémico habían cambiado sus opiniones sobre el tema, de un día para otro, sin dar ninguna explicación pública sobre su cambio de puntos de vista. La Corte colombiana ofreció muchos otros ejemplos de su compromiso con la deliberación abierta. Por ejemplo, en SC-668 (2004), declaró que el artículo 16 de la Ley n. 1, 2003 fue inconstitucional, como consecuencia de la falta de debate en la Plenaria de la Cámara de Representantes (García Jaramillo 2006). A pesar de estos importantes esfuerzos en defensa del carácter deliberativo de los procedimientos democráticos, la Corte no garantizó el debido respeto de esos procedimientos deliberativos en otros casos relevantes, y terminó por abandonar gradualmente la doctrina en la que se basaba para llevar adelante su “control deliberativo” (la doctrina de la *elusión del debate*).

Inclusión: Ampliando el diálogo político.

Los jueces pueden contribuir al diálogo colectivo de diferentes maneras, y a través del uso de remedios variados. Una contribución crucial sería la de ampliar la conversación política, a fin de garantizar que el proceso de toma de decisiones no permanezca encapsulado o bajo el control exclusivo de las élites políticas dominantes. Por ejemplo, la Corte de Sudáfrica exploró una interesante ruta de intervención dialógica, a través de lo que se llamó un proceso de “compromiso significativo”. El Tribunal examinó esta alternativa por primera vez en el caso Olivia Road, donde los solicitantes impugnaron la práctica de la Municipalidad de Johannesburgo de desalojar a los residentes de los llamados “edificios defectuosos” por razones de salud y seguridad (Chenwi 2015, 185; Liebenberg 2012, 14; Liebenberg 2015). En un pasaje crucial de su decisión, la Corte declaró:

La Ciudad de Johannesburgo y los solicitantes deben comprometerse entre sí de manera significativa y tan pronto como sea posible, en un esfuerzo por resolver las diferencias y dificultades que se presentan en esta solicitud, y hacerlo tomando en cuenta los valores de la Constitución, los deberes constitucionales y estatutarios del municipio y los derechos y deberes de los ciudadanos interesados.[[20]](#footnote-20)

A través de esta decisión, la Corte demostró que podría facilitar la resolución de situaciones de violación masiva de derechos, a través de medios que honrasen el ideal dialógico. La alternativa del "compromiso significativo" aseguró que la comunidad afectada tuviera una voz decisiva en el proceso de toma de decisiones, que no podía limitarse, como solía ser, a los deseos o intereses de la elite gobernante.[[21]](#footnote-21)

Asimismo, los jueces podrían asegurar que el proceso no excluya injustamente las voces de las minorías desfavorecidas, es decir, las voces de aquellos que generalmente no son escuchados como resultado de su situación de marginación o exclusión social. Más particularmente, el poder judicial podría garantizar que el proceso de toma de decisiones no excluya argumentos que tiene sentido considerar en aras de la imparcialidad; o que no incluya argumentos que sean constitucionalmente inadmisibles. Un buen ejemplo de estas posibilidades aparece en *Doctors for Life,* otro caso que fue resuelto por el Tribunal Constitucional sudafricano.[[22]](#footnote-22)

En *Doctors for Life,* una organización de médicos presentó una queja ante el Tribunal, alegando que el Consejo Nacional de Provincias ("NCOP"), "al aprobar ciertos proyectos de ley de salud, no invitó a realizar presentaciones por escrito y no llevó a cabo audiencias públicas sobre estos proyectos de ley según era necesario, a partir de su deber de facilitar la participación pública en los procesos legislativos.” La organización pidió a la Corte, entonces, que reflexione sobre la obligación constitucional de los legisladores de facilitar la participación pública en sus procesos legislativos. El tribunal sostuvo entonces:

En el esquema general de nuestra Constitución, los elementos representativos y participativos de la democracia no deben considerarse en tensión entre sí. Ellos deben ser vistos como dándose apoyo mutuo. Las elecciones generales, la base de la democracia representativa, no tendrían sentido sin la participación masiva de los votantes. La participación del público de manera continua proporciona vitalidad al funcionamiento a la democracia representativa. Alienta a los ciudadanos del país a participar activamente en los asuntos públicos, los ayuda a identificarse con las instituciones gubernamentales y a familiarizarse con las leyes a medida que se elaboran. Mejora la dignidad cívica de quienes participan permitiendo que sus voces sean escuchadas y tenidas en cuenta. Promueve un espíritu de acomodamiento democrático y pluralista, que ayuda a que las leyes resulten aceptadas y efectivas en la práctica. Refuerza la legitimidad de la legislación ante los ojos de las personas. Finalmente, debido a su carácter abierto y público, actúa como un contrapeso frente al cabildeo secreto y el tráfico de influencias. La democracia participativa es de especial importancia para aquellos con menos poder en un país como el nuestro, donde existen grandes disparidades de riqueza e influencia.

Esta decisión fue interesante por diferentes razones, pero particularmente debido a la centralidad que algunos miembros del tribunal atribuyeron a los elementos de voz y discusión en el proceso de toma de decisiones y, más específicamente, por la importancia que algunos de tales jueces atribuyeron a la voz de los sin voz.[[23]](#footnote-23)

Autoritarismo: Restaurando el sistema de “frenos y contrapesos”.

Ya me he referido a la forma en que los sistemas constitucionales latinoamericanos, desde principios del siglo XIX, han permitido la concentración de la autoridad política en manos de unos pocos, fortaleciendo de ese modo controvertidos sistemas híper-presidenciales. El híper-presidencialismo, según sugerí, fue en parte responsable de algunos de los peores males institucionales que afectaron a la región desde sus años fundacionales. Por mencionar los dos más importantes: el sistema de autoridad concentrada favoreció la inestabilidad política, y así los golpes militares que generaron las violaciones más graves de los derechos humanos durante el siglo XX. Además, dicho sistema provocó la gradual erosión de todo el sistema de "frenos y contrapesos". Como mencioné anteriormente, el sistema de "checks and balances", que busca equilibrar el poder de las diferentes ramas del gobierno, parece lógicamente inconsistente con la posibilidad de que una de esas ramas de gobierno tenga asignados muchos más poderes que el resto. En tales condiciones, todo el esquema de controles resulta amenazado: como es de esperar, la rama más poderosa comienza entonces a utilizar sus poderes de amenaza para frustrar la voluntad del resto e imponer su propia autoridad. Esta es la razón por la cual los jueces deben trabajar, no tanto o no sólo para preservar o prevenir el deterioro del sistema de "frenos y contrapesos", sino principalmente para asegurar la restauración de un sistema ya en buena medida quebrado. En un marco como el descripto, ellos deben trabajar con una presunción anti-autoritaria y anti-presidencial.

La historia nos ha enseñado sobre los tremendos riesgos que plantea la concentración de poderes sobre la democracia y, conforme sostuve, el constitucionalismo debe configurarse y reconfigurarse con un ojo puesto en la historia. Por lo tanto, en países profundamente dañados por los males del híper-presidencialismo, los jueces deberían ayudarnos a reparar las peores consecuencias que el sistema genera y, en general, trabajar para prevenir la aparición recurrente y esperada de tales riesgos.

En su corta historia, la Corte Constitucional de Colombia tomó muchas decisiones destinadas a limitar la capacidad del Presidente para declarar "estados de sitio" o "estados de excepción", por ejemplo. La decisión C-004, 1992, fue la primera en controlar una declaración de estado de emergencia. En 1994, la Corte dio algunos pasos más, e invalidó el decreto del Presidente Gaviria que establecía un estado de conmoción interna. Esta fue la primera vez en la historia de Colombia, en la que un tribunal colombiano rechazó a un presidente para usar sus poderes de emergencia. El tribunal volvió a tomar una decisión similar, un año después. Además, en la Decisión C-327, 2003, el tribunal limitó la posibilidad del Presidente de renovar un estado existente de conmoción interna y, posteriormente, invalidó la legislación que permitía al Presidente otorgar amnistías generales o perdones individuales durante un estado de excepción; y reglamentó los casos en que el Presidente pudiera declarar una emergencia. Este tipo de decisiones generaron tensiones repetidas entre la Corte y el poder político.[[24]](#footnote-24)

En términos comparativos, podemos encontrar numerosos ejemplos de tribunales que han cumplido –al menos ocasionalmente- con su función de control (su *accountability function*), en el contexto de las nuevas democracias (Gloppen et al 2003). Sin embargo, lamentablemente, los tribunales tienden a ser las primeras víctimas institucionales en los sistemas definidos por la presencia de presidentes híper-poderosos. De allí la importancia y los límites que parecen ser propios de una tarea como la descripta.

Derechos sociales: las condiciones materiales de la democracia.

Por lo general, en contextos de profunda injusticia social, encontramos situaciones frecuentes –y no ocasionales- de violación masiva de derechos. En América Latina, estas violaciones masivas de derechos (sociales, en particular) contrastan dramáticamente con la presencia de Constituciones que son extremadamente generosas en lo que concierne a los derechos económicos, sociales, culturales o multiculturales que reconocen.

Sorprendentemente o no, y hasta hace muy poco tiempo, los jueces no solían ver a la mayoría de esos derechos sociales y económicos, como derechos judicialmente exigibles (los consideraban “derechos no operativos”). Los jueces insistieron con este enfoque restrictivo, a pesar del número masivo de derechos fundamentales que eran afectados; la larga lista de derechos incorporados en la mayoría de las Constituciones latinoamericanas; o la consistencia de este compromiso latinoamericano con el otorgamiento de estatus constitucional a los derechos sociales y económicos (ello porque, típicamente, en cada nueva reforma, las Constituciones latinoamericanas tendieron a ampliar, antes que a reducir, la larga lista de derechos reconocidos). Las razones que los jueces citaron en apoyo de su aproximación restrictiva fueron diferentes, pero generalmente muy pobres. Los jueces alegaron, por caso, que los derechos socioeconómicos (en contraste con los derechos individuales) eran demasiado costosos; que su satisfacción requería de acciones activas, en lugar de simples omisiones u omisiones de las autoridades estatales (como, se suponía, era el caso con los derechos individuales); que ellos no tenían legitimidad democrática para hacer valer esos derechos; que tampoco tenían control sobre el presupuesto; etc.

En contradicción con tales criterios, los jueces podrían y deberían adoptar un enfoque diferente, a fin de evitar nuevas violaciones de los derechos, y permitir que vastos sectores de la población recuperen poder democrático. Más precisamente, ellos deberían entender que la misión de salvaguardar las condiciones procedimentales de la democracia también incluye la protección de las *precondiciones materiales* de la democracia.

En los últimos años, diferentes tribunales ofrecieron ejemplos sobre cómo es que los jueces podrían cumplir con esta tarea importante, delicada y difícil. Por ejemplo, en el caso de *Mariela Viceconte contra el Ministerio de Salud y Bienestar Social,* un tribunal argentino sostuvo que el gobierno tenía que producir y proporcionar una vacuna particular, "Candid 1", que había demostrado ser eficaz contra la fiebre hemorrágica. Se trataba de una enfermedad que amenazaba la vida de más de 3 millones de personas que no tenían acceso a servicios médicos preventivos. En sentido similar, en Sudáfrica, el Tribunal Constitucional decidió el caso de la Campaña de Acción de Tratamiento (TAC), en medio de una epidemia de VIH / SIDA con más de 6 millones personas infectadas.[[25]](#footnote-25) La Corte ordenó al gobierno sudafricano que pusiera a disposición de las madres infectadas que dan a luz en instituciones estatales la Nevirapina, un medicamento antirretroviral que ofrecía la posibilidad de prevenir la infección de miles de niños por año. Además, la Corte sostuvo que el gobierno debía presentar un plan en el que explicara cómo extendería la provisión del medicamento a las salas de maternidad de todo el país.

Perfeccionismo moral

De acuerdo con la visión dialógica aquí defendida, cada persona es y debe ser considerada soberana en lo que concierne a su propia vida personal. En otros términos, ni los legisladores ni los jueces deben interferir con esas elecciones básicas y personales. Una mayoría ocasional, o la coalición política dominante no debe transformar los principios perfeccionistas en normas legales, y los jueces no deben decidir los casos que les lleguen de manera que implique la imposición de una concepción del bien sobre los individuos. Por razones similares, los poderes políticos deberían impedir que el poder judicial imponga una moralidad particular. En definitiva, en una democracia pluralista, debe asegurarse que nadie prive a los individuos del derecho que tienen de vivir sus propias vidas de la manera en que lo prefieran.

Encontramos un ejemplo de perfeccionismo político, por ejemplo, en una iniciativa adoptada en el estado de Colorado, en 1992, cuando la comunidad decidió evitar la adopción de medidas legislativas, ejecutivas o judiciales que reconocieran a los homosexuales o bisexuales como una clase protegida. El caso es particularmente interesante dado que, en dicha oportunidad, no fue la legislatura la que impulsó la adopción de una legislación perfeccionista. Más bien, el cambio legislativo fue producto de una decisión mayoritaria: los votantes promovieron la enmienda de la constitución del estado a través de una iniciativa popular. La respuesta judicial ante esa decisión política fue apropiada: en *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996), la mayoría de la Corte Suprema declaró que la enmienda carecía de "una conexión racional con intereses estatales legítimos". Afirmando la posición mayoritaria de la Corte, el juez Anthony Kennedy sostuvo un principio de neutralidad legal. Expresó entonces: "Hace un siglo, el juez Harlan advirtió a esta Corte que la Constitución 'ni conoce ni tolera las clases entre los ciudadanos'…esas palabras establecen un compromiso con la neutralidad de la ley donde los derechos de las personas están en juego. La Cláusula de igual protección aplica este principio y hoy nos exige que consideremos la [Enmienda 2] como inválida”. Desde la perspectiva aquí defendida, la opinión de la Corte fue correcta al reconocer que la mayoría de la población “no tenía el derecho a imponer sus propias opiniones sobre cómo vivir una buena vida a cualquier otra persona o grupo, ni siquiera a través de un plebiscito.”

Por supuesto, la línea que divide las cuestiones de moral pública y privada es delgada y, en algunas ocasiones, oscura. Dada la importancia que tiene esta distinción para definir la división del trabajo entre los tribunales y las legislaturas, la falta de "fronteras claras" entre los dos ámbitos es preocupante. Esta situación crea, sin dudas, un problema para la concepción que aquí se defiende pero, debe admitirse, también para todas las visiones alternativas: ellas deben ser capaces de decirnos por qué es que el pueblo en general, o la legislatura en particular, sí se encuentran autorizados para imponernos su concepción del bien preferida.

Opresión / Exclusión: El principio “anticastas” y las reparaciones estructurales.

Los contextos de opresión económica y subordinación social pueden terminar creando “castas” o grupos de personas que viven bajo el dominio de otras. En tales contextos, los jueces pueden tomar como una de sus principales tareas la de prevenir la opresión y terminar con esas graves injusticias. Cass Sunstein definió acertadamente esta misión potencial, a través de lo que denominó un principio “anticastas”. En sus palabras: “El principio anticastas prohíbe que las prácticas sociales y legales traduzcan las diferencias…moralmente irrelevantes en desventajas sociales sistémicas, a menos que haya una muy buena razón para que la sociedad lo haga” (Sunstein 1993, 2411 -12).

En sentido similar, afirmaría aquí que los tribunales deberían trabajar para eliminar las situaciones opresivas, haciendo todo lo que esté a su alcance para eliminar las causas estructurales y las consecuencias de la exclusión social y la marginación. Como ya sugiriera, los tribunales pueden emitir órdenes para administrar, e incluso reformar, instituciones, como prisiones u hospitales, de manera que les permita trabajar de acuerdo con las exigencias de la ley. Owen Fiss estudió estos remedios particulares (*structural injuctions*), y explicó cómo podrían ayudar a abordar y eventualmente desafiar o superar situaciones históricas de injusta desigualdad. Al presentar su propuesta, Fiss tenía en mente situaciones como la siguiente: diferentes policías pueden ser sancionados en diferentes momentos por su comportamiento racista, pero ninguna de esas sanciones sería suficiente o eficiente para abordar el problema estructural que está allí presente -el problema estructural que finalmente explica por qué, una y otra vez, los policías se involucran en un comportamiento racista. Tales situaciones de injusticia generalizada y de larga data exigen la adopción de medidas más estructurales (Fiss 1978, 2003). Una posible ilustración de este enfoque la ofrecen las órdenes emitidas por la Corte de la India el 28 de noviembre de 2001 -órdenes a través de las cuales el tribunal ordenó a todos los gobiernos estatales que proporcionasen comidas refrigeradas de mediodía a todos los niños en las escuelas financiados por el gobierno, definiendo incluso la cantidades mínimas de calorías y proteínas que debían asegurarse en la dieta provista (Sudarshan 2006, 159).[[26]](#footnote-26) De esa manera (y con la exagerada amplitud que pareció propio del accionar de ese tribunal) la Corte India intentó hacer frente a una situación de injusticia estructural, que implicaba la marginación de vastos sectores de la población.

Protestas: El componente expresivo de las protestas sociales.

Para las personas más desfavorecidas de América Latina, las protestas sociales se han convertido en el principal medio para exigir el fin de las violaciones graves de sus derechos fundamentales (Gargarella y Álvarez Ugarte 2016). Esta misma situación sugiere algo problemático sobre el estado de nuestras democracias constitucionales: por un lado, revela la presencia de situaciones graves y extendidas de violación de los derechos constitucionales, y por otro, sugiere la falta de canales institucionales adecuados para manifestar esas quejas. En otras palabras, las víctimas de violaciones graves de los derechos constitucionales enfrentan importantes dificultades para expresar democráticamente sus justas demandas y reclamos.

Ante tales situaciones, los jueces deberían comenzar a tomar las protestas sociales más seriamente, en lugar de simplemente considerar a las mismas como respuestas ilegales o expresiones no democráticas. En contextos caracterizados por la falta de canales institucionales adecuados, las personas pueden verse forzadas a ir a las calles, o movidas a ocupar los espacios públicos (es decir, plazas, avenidas públicas) en modos que afecten a terceros, y con el fin de tornar audibles sus demandas. En lugar de descartar las protestas como meras "acciones" que de una u otra manera desafían la ley, los jueces deberían hacer un esfuerzo para preservar y tomar en cuenta el componente expresivo de estas acciones, cuando ella fuera posible.[[27]](#footnote-27) Los casos de "quema de banderas", entre otros, han obligado a los académicos legales a pensar de esta manera.[[28]](#footnote-28) Estos esfuerzos por preservar el componente expresivo de las acciones en cuestión son consistentes con las recientes propuestas presentadas por algunos teóricos de la democracia, que han abierto un espacio para la consideración de los aspectos ilocucionarios de los actos no verbales dentro de una teoría que enfatiza la deliberación democrática.[[29]](#footnote-29)

Como sostuvo la minoría disidente, en el caso *Adderley v. Florida* (385 U.S. 39, 1966),

El derecho de petición frente a agravios tiene una historia antigua y no se limita a la posibilidad de escribir una carta o enviar un telegrama a un congresista; ni se limita tampoco a comparecer ante el consejo municipal local, ni a escribir cartas al presidente, al gobernador o al alcalde. Los métodos [convencionales] de petición pueden ser, y con frecuencia han sido ajenos a grandes grupos de nuestros ciudadanos…ellos pueden tener solo un tipo más limitado de acceso a los funcionarios públicos. Sus métodos no deben ser condenados, por tanto, como meras tácticas de obstrucción y acoso, siempre que la asamblea y la petición sean pacíficas, como lo fueron en este caso”.[[30]](#footnote-30)

Consideraciones finales

En este trabajo, me interesó reflexionar acerca de los modos en que el poder judicial, en particular, podría contribuir al diálogo democrático, en contextos institucionales muy imperfectos. Dediqué una buena parte del escrito a presentar algunos rasgos distintivos de esos sistemas imperfectos, a los que describí como “democracias defectuosas”. Me referí entones a los problemas de la exclusión política, económica y social; al perfil elitista que sigue mostrando el sistema institucional (el problema de la “disonancia democrática”); a las dificultades derivadas de la concentración de poderes (en particular, aludí al modo en que la concentración del poder político afecta la estabilidad, a la vez que erosiona el sentido, de todo el sistema de “frenos y contrapesos”); a las altas expectativas que se generan en torno a derechos sociales que el sistema no ayuda a satisfacer; al perfeccionismo moral; y a las diversas caras de la violencia político-social. Frente a tales dificultades, señalé algunas de las muchas maneras en las que el poder judicial podría ayudarnos a hacerles frente. En particular, sugerí modos de intervención judicial que se orientaran, antes que al “reforzamiento representativo” (John Ely *dixit*), a la “reconstrucción democrática”; antes que al cuidado de las precondiciones de la democracia (pluralista), al refuerzo de las precondiciones de la democracia deliberativa; antes que a la preservación del sistema de “checks and balances,” a la restauración de un sistema de equilibrios ya quebrado.

Ahora bien, alguien podría preguntarse: cómo defender tal aproximación, desde una postura que pretende afirmar, al mismo tiempo, la prioridad del debate democrático? Según entiendo, pueden alegarse varias razones. Ante todo, me he referido hasta aquí a tareas que, en principio, deben ser compartidas por todos los poderes, y por la ciudadanía en general. Segundo, he afirmado también que cada uno de los actores participantes debe asumir su tarea, en esa empresa compartida, conforme a sus propias capacidades, y de acuerdo con los límites propios de su legitimidad democrática. Tercero, agregaría que, en países del “sur global”, como Colombia, Sudáfrica o la India, las altas cortes han sabido, en una mayoría de los casos, asumir tareas esenciales como las aquí referidas, sin imponer su autoridad sobre la política democrática, y sin tomar el lugar de la misma. Por lo demás, en la mayoría de los casos, la tarea que he sugerido para los jueces es la de activadores (y protectores) del poder de decisión y control de la ciudadanía y de los órganos democráticos. Lo dicho puede aplicarse, también, a los asuntos de “reforma estructural”: el contenido de esas reformas debe definirlo la discusión democrática, y la justicia puede contribuir a ello, ante todo, obligando a los órganos responsables a que lleven a cabo la misión que les compete, o ayudando a organizar el debate colectivo. Finalmente, aclararía que aquí no asumo, de ningún modo, la superioridad epistémica ni, mucho menos, la mayor autoridad democrática de los órganos judiciales sobre los políticos. El trabajo se encuentra centralmente impactado, en todo caso, por el alto grado de deterioro de nuestro sistema democrático, y se pregunta cómo hacer frente a las graves dificultades que nos imponen las “democracias defectuosas”, y que parecen estar llevándonos a un callejón institucional sin salida.

¿Significa lo anterior que se asume, en este escrito, que el poder judicial se encuentra de algún modo a salvo de los problemas que sacuden a todas las demás ramas de gobierno? En absoluto. Por el contrario, he señalado más arriba que el poder judicial se mueve dentro de un marco de incentivos que no lo ayudan a actuar en la dirección sugerida por el ideal deliberativo. Más aún, afirmé además que la rama judicial –justamente, por su gran poder de influencia e impacto- tiende a ser la primera víctima de los avances de un Ejecutivo siempre ávido de expandir su poder excesivo. Peor aún, los miembros del Poder Judicial, particularmente en sociedades desiguales, tienden a ser reclutados de los sectores más acomodados de la sociedad. De allí que la rama judicial nos refiera, en América Latina en especial, a funcionarios marcados por capacidades, sesgos e incentivos preocupantes. Por lo dicho, las sugerencias que se hacen desde este trabajo no estén basadas en una ingenua o indebida confianza en el papel de los jueces sino, en todo caso, en una cierta angustia democrática, frente a los dramas que nuestro defectuoso sistema institucional nos plantea. Lo que aquí he presentado puede entenderse, entonces, como una serie de propuestas destinadas a los jueces que se pregunten, de buena fe, de qué modo actuar en línea con el ideal democrático-deliberativo; así como razones destinadas a sostener u objetar decisiones judiciales particulares. Difícilmente, sin embargo, estos planteos contribuyan al noble y necesario propósito de reparar la barca democrática, desde adentro, en medio de las tormentas que ella atraviesa.

Bakker, B. (2008), ‘Blogs as Constitutional Dialogue: Rethinking the Dialogic Promise’, 63 *New York University Annual Survey of American Law* 215, 216.

Bergallo, P. 2013. “El género en el constitucionalismo latinoamericano contemporáneo. Tendencias y desafíos desde una perspectiva feminista,” Buenos Aires: *ILADD,* mimeo.

Bergallo, P.; Jaramillo Sierra, I.; Vaggione, J., eds. (2018), *El aborto en América Latina,* Buenos Aires: Siglo XXI.

Cepeda, M. (2005), “How far may Colombia’s Constitutional Court go to protect IDP rights?” published in

<https://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/en/brookings/cepedaespinosa.pdf>

Chenwi, L. (2015), “Democratizing the socio-economic rights enforcement process”, in H. Alviar García; K. Klare.; L. Williams,*Social and Economic Rights in Theory and Practice*, London: Routledge, 178-197.

Crozier, M., Huntington, S., Watanuki, J. (1975), *The Crisis of Democracy: Report on the Governability of Democracies to the Trilateral Commission Paperback*, New York: New York University Press.

Dahl, R. (1956), *A Preface to Democratic Theory,* Chicago: The University of Chicago Press.

Dahl, R. (2003), *How democratic is the American Constitution?,* Conn.: Yale University Press.

Dixon, R. (2007), “Creating Dialogue About Socioeconomic Rights: Strong-Form versus Weak-Form Judicial Review Revisited,” 5 *I.Con.,* 3, 391-418.

Dor, G. (2000) ‘Constitutional Dialogues in Action: Canadian and Israeli Experiences in Comparative Perspective’, 11 *Indiana International & Comparative Law Review* 1, 17-18.

Dyzenhaus, D. (2010), *Hard Cases in Wicked Legal Systems,* Oxford: Oxford University Press.

Elster, J. (1986), “The Market and the Forum: Three Varieties of Political Theory,” in J.

Ely, J. (1980), *Democracy and distrust,* Cambridge: Harvard University Press.

Fiss, O. (1978), *The Civil Rights Injunction*, Bloomington: Indiana University Press.

Fiss, O. (2003), *The Law as It Could Be,* New York: NYU Press.

Friedman, B. (1993), “Dialogue and Judicial Review,” 91 Mich. L. Rev. 577.

Gargarella, R. (2010), *The Legal Foundations of Inequality,* Cambridge: Cambridge University Press.

Gargarella, R. (2013), *Latin American Constitutionalism,* Oxford. Oxford University Press.

Gargarella, R. & Álvarez Ugarte, R. (2016), “Freedom of Expression and the Right to Protest,” en J. Bertomeu & R. Gargarella, *The Latin American Casebook,* Londres: Ashgate.

Gloppen, S., et al, eds. (2003), *Democratization and the Judiciary. The Accountability Function of Courts in New Democracies,* London : Frank Cass.

Helmke, G. (2004), *Courts under constraints,* Cambridge: Cambridge University Press.

Hogg, P. & Bushell, A. (1997), “The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures”, 35 *Osgoode Hall L. J.*  75.

Hogg, P.; Bushell, A. & Wright, W. (2007), “Charter Dialogue Revisited, -Or much Ado About Metaphors,” 45 *Osgoode Hall L. J.* 1.

Karl, T. (2002), “The vicious cycle of inequality in Latin America,” Working Paper available at

<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.565.1033&rep=rep1&type=pdf>

Liebenberg, S. (2012), “Engaging the paradoxes of the universal and particular in human rights adjudication. The possibilities and pitfalls of ‘meaningful engagement’”, *African Human Rights Law Journal*12, 1-29.

Liebenberg, S. (2015), “Toward an equality-promoting interpretation interpretation of socio-economic rights in South Africa. Insights from the egalitarian liberal tradition,” *The South African Law Journal*, vol. 132, part. 2, 411-437.

Linz, J. & Stepan, A. (1978), *The Breakdown of Democratic Regimes,* Baltimore: The John Hopkins University Press.

Linz, J. & Valenzuela, A. (1994), *The Failure of Presidential Democracy,* Baltimore: The John Hopkins University Press.

Mainwaring, S. (1999), “Democratic survivability in Latin America,” Kellog Institute, Working Paper, 9-11. Available at

 <https://kellogg.nd.edu/sites/default/files/old_files/documents/267.pdf>

Mansbridge, J. (2005), “Deliberation Everywhere,” manuscrito no publicado, presentado para la *IVR Conference,* Granada, España, 1-2.

Nino, C. (1991), *The Ethics of Human Rights,* Oxford: Oxford University Press.

Nino, C. (1996), “Hyperpresidentialism and Constitutional Reform in Argentina,” in A. Liphart and C. Waisman, eds., *Institutional Design in New Democracies,* New York: Westview Press.

Rodríguez-Garavito, C. (2017), “La Corte y la paz minimalista,” <https://www.elespectador.com/opinion/la-corte-y-la-paz-minimalista-columna-695478>

Salazar, D. (2015), “My Power in the Constitution: The Perversion of the Rule of Law in Ecuador,” *SELA,* Yale University.

<https://www.law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/SELA15_Salazar_CV_Eng.pdf>

Schumpeter, J. (2008), *Capitalism, Socialism and Democracy,* London: Harper Classics.

Scott, C. y P. Macklem, 1992, “Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees? Social Rights in a New South African Constitution”, en 1 *University of Pennsylvania Law Review* 141, 1-148.

Scott, M. (1974), "Picketing under the First Amendment", 26 *The Hastings Law Journal167*, 175.

Sudarshan, R. (2006), “Courts and Social Transformation in India,” in R. Gargarella, P. Domingo and T. Roux (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies,* Aldershot: Ashgate.

Sunstein, C. (1985), “Interest Groups in American Public Law” (1985) 38 *Stanford L R* 1, 29.

Sunstein, C. (1993), “The Anticaste Principle”, *Chicago Unbound. University of Chicago Law School,* available at

<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=12206&context=journal_articles>

Sunstein, C. (2001), *One case at a time,* Cambridge: Harvard University Press.

Sunstein, C. (2018), “Lessons from the American Founding”, in C. Sunstein ed., *Can it happen here? Authoritarianism in America*, New York: Harper Collins, 57-80.

Thompson, D. (1999), “Democratic theory and global society” 7 *The Journal of Political Philosophy* 2.

Tushnet, M. (1999), *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton: Princeton University Press.

Tushnet, M. (2003), “Non-Judicial Review,” *Harv. J. on Legisl.* 53.

Unger, R. (1996), *What Should Legal Analysis Become?* New York: Verso.

Van Reybrouck, D. (2016), *Against elections. The case for democracy,* London: Bodley Head.

Waldron, J. (1999), Law and Disagreement, Oxford: Oxford University Press.

Waldron, J. (2017), “Judicial Review and Political Legitimacy,” Manuscript on file with the author.

Young, I. (2000), *Inclusion and Democracy,* New York: Oxford Press, 45. J.

Yrigoyen Fajardo, R. (2011), “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización,” en C. Garavito comp., *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo xxi*, Buenos Aires: Siglo xxi.

1. La noción de democracias defectuosas debe distinguirse de la noción de "democracias perversas" ("órdenes legales en los cuales la ley es utilizada como el instrumento de una ideología política inmoral") que ha sido examinada por David Dyzenhaus (Dyzenhaus 2010, vii). Por lo demás, creo que las democracias pueden considerarse "defectuosas" por diferentes razones, aunque en este documento me concentraré principalmente en los problemas mencionados. [↑](#footnote-ref-1)
2. Para Terry Karl, América Latina “es la región más desigual del mundo. Esta aguda desigualdad afecta virtualmente todos los aspectos de la vida económica, social y política; es fundamental para explicar por qué los resultados de las últimas dos décadas de desarrollo han sido tan decepcionantes en esta área del mundo. El crecimiento económico ha sido sorprendentemente bajo…A medida que la región entra en el siglo XXI, más de un tercio de sus ciudadanos vive en la pobreza, y cerca de 80 millones de personas sufren pobreza extrema ... No es sorprendente que en una región caracterizada por la distribución más desigual del ingreso… la mayoría crea que sus sociedades son fundamentalmente injustas (Karl 2002). [↑](#footnote-ref-2)
3. Por ejemplo, con respecto a los derechos de género, la mayoría de los países de la región comenzaron a reconocer la igualdad de derechos de voto para las mujeres a mediados del siglo XX. Argentina lo hizo en 1947; Brasil en 1934; Colombia en 1954; Costa Rica en 1949; Ecuador en 1929; El Salvador en 1961; Nicaragua en 1955; Paraguay en 1961; Uruguay en 1932; y Venezuela en 1946 (Bergallo 2013). Más adelante, algunas reformas legales y constitucionales comenzaron a hacer lugar para programas de acción afirmativa, que tendieron a favorecer una igualdad de género más sustantiva. [↑](#footnote-ref-3)
4. Un paso importante para favorecer un enfoque legal más igualitario, fue el Convenio 169, promulgado en 1989 por la Organización Internacional del Trabajo (OIT). El acuerdo incluía cláusulas que garantizaban el respeto por la cultura, el estilo de vida y las instituciones de los pueblos indígenas. También hizo referencia al derecho a efectuar consultas a estos pueblos, en el caso de la legislación pública que afectó directamente a esos grupos. La mayoría de las Constituciones que surgieron después de la promulgación del Convenio 169 incluyeron listas completas de los derechos de los indígenas en sus textos, y adoptaron cambios favorables al pluralismo jurídico. Entre estas nuevas Constituciones, podemos mencionar las de Colombia, 1991; Bolivia, 1994; Ecuador 1996 (y 1998); y Venezuela, 1999. [↑](#footnote-ref-4)
5. <https://www.cepal.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/prensa/noticias/comunicados/2/132/P132.xml>

 De manera similar, según un informe reciente del Banco Mundial, los pueblos indígenas continúan topándose con "techos de cristal y las barreras estructurales que limitan su plena inclusión social y económica" http://www.worldbank.org/en/region/lac/brief/indigenous-latin-america-in-the-twenty-first- siglo-breve-informe-página [↑](#footnote-ref-5)
6. Esta afirmación sobre el "hecho del desacuerdo" es diferente de, aunque consistente con, aquello que John Rawls denominara "el hecho del pluralismo", como rasgo distintivo de nuestro tiempo (Rawls 1991), o lo que Jeremy Waldron describiera como "el hecho del desacuerdo" (Waldron 1999). Aquí, solo presumiré la existencia de este "hecho" como dato propio de nuestras democracias actuales aunque, según entiendo, los orígenes de este fenómeno pueden ubicarse muy atrás en el tiempo. Un momento significativo en esa historia apareció durante las llamadas revoluciones democráticas de 1848. Esas revoluciones simbolizaron las fuertes demandas participativas y el nivel generalizado de descontento que prevalecía entonces, en relación con una situación que implicaba la sistemática exclusión política de la gran mayoría de la población. En América Latina, como han dicho algunos historiadores, el "antiguo orden colonial" se desintegró virtualmente a principios del siglo XX (Halperín Donghi 207). La ruptura del antiguo orden (político, económico, social) fue seguida por demandas por mayor democracia política, como las que se habían sucedido en Europa después de 1848. Desde entonces hasta el presente, en América como en Europa, la ruptura del viejo orden fue seguido por crecientes demandas democratizadoras, que hoy parecen encontrarse en un nivel de exigencia muy alto.  [↑](#footnote-ref-6)
7. Las tensiones generadas por una "sobrecarga de demandas democráticas" sobre un sistema institucional incapaz de satisfacer la mayoría de esas demandas, han sido objeto de estudios teóricos recurrentes. Robert Dahl (1956) o Joseph Schumpeter (2008) examinaron esas tensiones a principios del siglo XX. En ese momento, la restricción de los reclamos participativos de la ciudadanía parecía la única solución posible a las crisis democráticas existentes. A mediados del siglo XX, el conocido Informe Trilateral producido por Michael Crozier, Samuel Huntington y otros, volvió a examinar las exigencias democráticas de la ciudadanía, e insistió con soluciones antidemocráticas similares (Crozier y otros, 1975). [↑](#footnote-ref-7)
8. Sólo por mencionar algún indicio de este estado de insatisfacción ciudadana con la democracia, podría citar el Informe Latinobarómetro. Según el informe de 2017, “el declive de la democracia se acentuó en 2017, con una caída sistemática en el apoyo de, y la satisfacción con la democracia, así como la percepción de que los gobiernos solo gobiernan a favor de unos pocos. El informe [también muestra que los gobiernos regionales enfrentan un problema similar]: cada año, los latinoamericanos los aprueban menos ". Http://www.latinobarometro.org/latNewsShow.jsp. En una dirección similar, ver los números ofrecidos para Europa por Van Reybrouck, y ver también sus referencias a lo que denominó un "síndrome de fatiga democrática" (Van Reybrouck 2016). [↑](#footnote-ref-8)
9. Para él, el "secreto" consiste en una "incomodidad con la democracia" que "se manifiesta en todas las áreas de la cultura legal contemporánea: en la incesante identificación de restricciones sobre el gobierno de la mayoría, en lugar de restricciones sobre el poder de las minorías dominantes…; en la consecuente hipertrofia de prácticas y arreglos contra-mayoritarios; en la oposición a todas las reformas institucionales, particularmente aquellas diseñadas a elevar el nivel de compromiso político popular. . . ; en el enfoque reiterado sobre la labor de los jueces superiores y su selección como la parte más importante de la política democrática ". [↑](#footnote-ref-9)
10. De hecho, la "lógica" del sistema de "checks and balances" parece ser la que James Madison definió en Federalist Papers n. 51, a saber, prevenir las opresiones mutuas proporcionando a los miembros de las diferentes ramas de poder los "medios constitucionales y los motivos personales para resistir las invasiones de los demás". [↑](#footnote-ref-10)
11. Por supuesto, entiendo que muchos autores no comparten esta opinión y en realidad asumen que la posición opuesta es la correcta. Por ejemplo, en un artículo reciente que es la continuación consistente de una larga serie de escritos sobre la materia, Cass Sunstein ha insistido en el carácter deliberativo del sistema constitucional. La conexión que establece entre el sistema original de "controles y balances" y la deliberación pública, es directa. Lo describe como un "sistema complejo de controles" que incluye "representación nacional, bicameralismo, elección indirecta, distribución de poderes y la relación federal-estatal" (Sunstein 2018, 72). [↑](#footnote-ref-11)
12. La creación de estos sistemas "híper-presidencialistas" resultó del pacto entre liberales y conservadores que tuvo lugar en la mayoría de los países de la región, a mediados del siglo XIX, es decir, cuando los latinoamericanos definieron la estructura básica de sus organizaciones constitucionales. . En lo que concierne a la organización de poderes, los liberales abogaron por la adopción de (algo así como) el modelo de los Estados Unidos, que se basó en la idea de "checks and balances". Los conservadores, en cambio, desconfiaban de ese modelo. En su lugar, favorecieron el modelo de autoridad política concentrada y organización territorial centralizada, que habían llegado a conocer a través de las monarquías europeas. Para superar sus diferencias, la mayoría de los países latinoamericanos finalmente adoptaron un "sistema de controles y balances", donde una de las ramas del poder -obviamente, el Ejecutivo, de acuerdo con las demandas de los conservadores- tenía los poderes necesarios para prevalecer sobre el resto. Dieron forma, finalmente, a lo que podríamos llamar un "sistema desequilibrado de controles y balances". [↑](#footnote-ref-12)
13. En efecto, a comienzos de la década de 1980, la mayoría de los académicos mostraron un notable acuerdo en la existencia de una conexión sólida entre el llamado hiper-presidencialismo y la ruptura democrática. Algunos años más tarde, sin embargo, varios comenzaron a cuestionar lo que parecían ser las "verdades reveladas" del movimiento anti-presidencialista. En particular, muchos de ellos desafiaron el presunto vínculo entre el híper-presidencialismo y la inestabilidad democrática. Algunos de estos nuevos estudios sostuvieron que la idea conforme a la cual el presidencialismo tendía a sufrir una crisis cíclica que provocaba la ruptura de la democracia no contaba con una base empíricamente sólida (i.e., M. Shugart y J. Carey (1992; M. Shugart y S. Mainwaring. 1997. Discutiendo algunos de estos textos, ver, por ejemplo, M. Alegre (2009), "Democracia sin presidentes"

<http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Democracy_without_Presidents.pdf> [↑](#footnote-ref-13)
14. Como sabemos, desde la promulgación de la Constitución mexicana de 1917, que fue la primera en el mundo en incorporar derechos sociales, económicos y culturales en su texto, la mayoría de los países latinoamericanos siguieron ese camino, que expandieron aún más cada vez que reformaron sus constituciones, lo, que nos permite referirnos a la "obsesión con los derechos constitucionales" de América Latina. [↑](#footnote-ref-14)
15. https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2018/04/25/latin-america-is-the-worlds-most-violent-region-a-new-report-investigates-why/?utm\_term = .d60be774170d Acceso el 23 de enero de 2019. [↑](#footnote-ref-15)
16. En realidad, uno de los principales problemas que enfrentamos en el estudio del tema es que los autores parecen estar utilizando diferentes definiciones de lo que es el diálogo judicial. Para los canadienses Peter Hogg y Allison Bushell, dos autores que jugaron un papel crucial en el desarrollo de estos estudios, el diálogo aparece en aquellos casos en que “una decisión judicial que deroga una ley sobre los fundamentos de la Carta es seguida por una acción del cuerpo legislativo competente ”(Hogg & Bushell 1997, 79; Hogg, Bushell & Wright 2007; también Tushnet 1999, 2003). De acuerdo con Rosalind Dixon, la "teoría del diálogo ... supone que los tribunales tienen derecho a intervenir de forma coercitiva o comunicativa (o, potencialmente, de ambas maneras), [con el objeto de] introducir nuevas ideas, perspectivas o incluso equilibrios en el proceso político, todo con el fin de alentar a la legislatura y la cultura constitucional más amplia a reconsiderar su adhesión al status quo anterior. ”(Dixon 2007, 407). [↑](#footnote-ref-16)
17. El caso más interesante, a este respecto, es el de Barry Friedman. Ver, por ejemplo, Friedman 1993. [↑](#footnote-ref-17)
18. Para Daniel Thompson, "la democracia deliberativa no excluye la revisión judicial como un posible arreglo institucional, pero insiste en que a menudo habrá un desacuerdo razonable acerca de qué libertades deben considerarse inviolables, y que incluso cuando haya un acuerdo al respecto, habrá una disputa razonable sobre su interpretación, y sobre cómo deben sopesarse tales libertades con otras” (Thompson 1999, 112). [↑](#footnote-ref-18)
19. La profesora Sandra Liebenberg presentó un enfoque similar, aunque no idéntico. Para ella, “En un modelo deliberativo de democracia, los tribunales pueden desempeñar un papel valioso en la protección de los intereses y valores vitales que las normas de derechos humanos buscan proteger. [Ellos deben] preservar las condiciones para una participación justa y equitativa en los procesos de toma de decisiones a través de los cuales los derechos humanos tienen un efecto concreto ”(Liebenberg 2012, 11). [↑](#footnote-ref-19)
20. www.saflii.org/za/cases/ZACC/2008/1.html [↑](#footnote-ref-20)
21. Sin embargo, debe advertirse que esta iniciativa fue socavada por el mismo Tribunal, el año siguiente, en el caso *Joe Slovo*. (Sorprendentemente, en este caso, a saber, *Joe Slovo*, el Tribunal no solo apoyó el desalojo de los residentes de la comunidad, sino que también lo hizo de manera que puso en cuestión los principios que había enunciado en *Olivia Road* con respecto al "compromiso significativo": el Tribunal ordenó a las partes participar en un proceso de "participación significativa", pero sólo con respecto a los diferentes aspectos del proceso de desalojo y reubicación, que dio por sentado). Esta inversión inesperada de sus propios criterios reafirmó lo que ya hemos sugerido: los tribunales tienen un amplio margen de maniobra, lo que les permite optar por alternativas creativas y atractivas, o hacer lo contrario, básicamente a voluntad. [↑](#footnote-ref-21)
22. *Doctors for Life International v. The President of the National Assembly an others*, CCT 12/05, 17 de agosto de 2006. [↑](#footnote-ref-22)
23. Como lo expresó el juez Sachs: “Una democracia vibrante tiene una dimensión cualitativa y no sólo cuantitativa ... El diálogo y la deliberación van de la mano. Esto es parte de la tolerancia y la civilidad que caracterizan el respeto por la diversidad que exige la Constitución ... [De ese modo] grupos minoritarios deben sentir que incluso si sus preocupaciones no están fuertemente representadas, continúan siendo parte del cuerpo político con la dignidad cívica plena que acompaña a la ciudadanía en una democracia constitucional. La participación pública también resulta de particular importancia para los miembros de grupos que han sido víctimas de procesos de silenciamiento histórico. Su dignidad como ciudadanos requiere no sólo que ellos tengan la oportunidad de hablar, sino también que tengan la seguridad de que serán escuchados. Esto resulta de especial relevancia para aquellos que pueden sentirse en desventaja política porque carecen de educación superior, acceso a recursos y conexiones políticas sólidas. En consecuencia, la participación pública fortalece en lugar de socavar la democracia formal, al responder y negar algunos de sus déficits funcionales ". [↑](#footnote-ref-23)
24. Por otra parte, en 2005, la Corte aprobó una enmienda constitucional que autorizó la reelección del presidente Álvaro Uribe, que no estaba permitida por la Constitución de 1991. Sin embargo, en 2010, el Tribunal bloqueó la oferta del Presidente Uribe por un tercer mandato, al rechazar como inconstitucional un referéndum propuesto que habría preguntado a los votantes si permitirle buscar una nueva reelección. Desde la perspectiva defendida aquí, esta valiente decisión representa un importante paso adelante en la defensa de la democracia. Sin embargo, entiendo que un enfoque adecuado para ese caso requería, desde la Corte, un enfoque teórico diferente: no su "teoría de la sustitución" (que vino para prevenir la promulgación de "reformas constitucionales inconstitucionales"), sino más bien una teoría favorable. a la dispersión del poder, que debe aplicarse frente a los intentos recurrentes de quienes están en el poder para expandir sus capacidades institucionales. [↑](#footnote-ref-24)
25. *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others* (No 2) (CCT8/02) [2002] ZACC 15; 2002 (5) SA 721; 2002 (10) BCLR 1033 (5 July 2002). [↑](#footnote-ref-25)
26. Ver también, por ejemplo, el caso, *People’s Union for Civil Liberties v. Union of India*. [↑](#footnote-ref-26)
27. En *NLRB v. Fruit Packers* (377 US 58, 1964), y examinando el tema de los piquetes, Justice Black sostuvo que el tribunal debería "sopesar las circunstancias" y "evaluar la sustancialidad" de las razones avanzadas ”para la regulación de la actividad de piquetes (ibid., en 77-78). De acuerdo a M. Scott, Black declaró que "Si la información transmitida por los piqueteros es legal, los piquetes que ayudan a transmitir esa información no pueden considerarse ilegales". [↑](#footnote-ref-27)
28. *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989); *Tinker v. Des Moines Sch. Distr*. 393 U.S. 503 (1969). [↑](#footnote-ref-28)
29. Ver Young (2000); Mansbridge (2005). [↑](#footnote-ref-29)
30. En *Brown v. Louisiana* (383 U.S. 131, 1966), un caso similar (aunque sin el voto del juez Brennan), el grupo minoritario mantuvo la misma posición que en Adderley. En *Tinker v. Des Moines*, (393 US 503, 1969), la mayoría de la Corte aceptó parte de los argumentos de la minoría (al menos con respecto a una teoría más amplia del foro público), y afirmó que la Primera Enmienda permitía la regulación de actividades conectadas con el habla, en circunstancias cuidadosamente restringidas ". Sin embargo, agregó que "no limitamos el ejercicio permisible de los derechos de la Primera Enmienda a una cabina telefónica o a las cuatro esquinas de un folleto, ni a la discusión supervisada y ordenada propia de un aula escolar "( ibid., en 513). [↑](#footnote-ref-30)