

GOVERNANÇA E DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

FELIPE GONZÁLEZ

(coordenação)

Gerson Damiani

José Fernández-Albertos

(organização)

Cátedra José Bonifácio 4

edusp

A responsabilidade pelo conteúdo dos textos publicados nesta obra é exclusiva dos autores; sua publicação não significa a concordância dos organizadores e das instituições com as ideias neles contidas.

Ficha catalográfica elaborada pelo Departamento Técnico do Sistema Integrado de Bibliotecas da usp. Adaptada conforme normas da Edusp.

Governança e Democracia Representativa / Felipe González (coordenação); organização Gerson Damiani, José Fernández-Albertos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2017.

504 p.: il.; 22 cm. — (Cátedra José Bonifácio, 4)

ISBN 978-85-314-1641-5

1. Democracia. 2. Representação política. 3. Democracia participativa. 4. Governança. 5. Globalização. I. González, Felipe. II. Damiani, Gerson. III. Fernandez Albertos, José. IV. Série.

CDD-321.4

Direitos reservados à

Edusp – Editora da Universidade de São Paulo
Rua da Praça do Relógio, 109-A, Cidade Universitária
05508-050 – São Paulo – SP – Brasil
Divisão Comercial: Tel. (11) 3091-4008 / 3091-4150
www.edusp.com.br – e-mail: edusp@usp.br

Printed in Brazil 2017

Foi feito o depósito legal

El papel del Poder Judicial dentro del nuevo “constitucionalismo dialógico”

ROBERTO GARGARELLA¹

Introducción

En los últimos años se ha comenzado a hablar del surgimiento de un nuevo modo de entender el constitucionalismo —y, en particular, el papel del Poder Judicial dentro del mismo— que es conocido como *constitucionalismo dialógico*. El nombre proviene en buena medida de la centralidad que dicha aproximación le otorga a la discusión o al diálogo democrático².

1. Abogado, jurista, sociólogo, escritor y académico argentino, especialista en derechos humanos, democracia, filosofía política, derecho constitucional e igualdad y desarrollo. Profesor, en Argentina, en la Universidad Torcuato Di Tella y en la Universidad de Buenos Aires. Director de la *Revista Argentina de Teoría Jurídica*.
2. Ese modo de pensar la cuestión jurídica encuentra sus raíces en lo que algunos han denominado el “nuevo modelo constitucional del Commonwealth”. Ese nuevo modelo nos habla de reformas que se fueron sucediendo en Canadá (1982), Reino Unido (1998), Nueva Zelanda (1990), Australia (2004) y en el estado de Victoria, en Australia (2006). Gardbaum ha comparado esa visión sobre el derecho con el modelo que representa la “economía mixta” (que combina elementos del liberalismo y del socialismo) en lo relativo a la organización de los recursos materiales (Stephen Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*, Cambridge/Nueva York, Cambridge University Press, 2013; Jenna Bednar, “The Dialogic Theory of Judicial Review: A New Social Science Research Agenda”, *The George Washington Law Review*, vol. 78, n. 6, p. 1178-1190, 2010). En materia constitucional, ese “tercer” modelo se diferencia del “primero” (el de los Estados Unidos) y del “segundo” (el viejo modelo Commonwealth, de supremacía legislativa y sin un Bill of Rights codificado). El mismo combina elementos tradicionales en el *common law* del Commonwealth con novedosas declaraciones de derechos. Ello así, fundamentalmente, a través de dos novedades importantes en la protección de derechos. Un primer mecanismo tiene que ver con el involucramiento que se requiere a los Poderes Legislativos, en la revisión de la constitucio-

Dicho énfasis no debe ser reducido a una preferencia por los acuerdos horizontales, frente a las imposiciones verticales típicas de los sistemas centralizados, regalistas o hiperpresidencialistas. Se trata, sobre todo, del restablecimiento de vínculos fuertes entre el constitucionalismo y la democracia —una relación que, como sabemos, ha sido habitualmente considerada como difícil y tensa³.

La tensión entre constitucionalismo y democracia encuentra muchas fuentes posibles: el primero reclama por el establecimiento de límites que la democracia a secas desafía; el constitucionalismo ha mostrado tradicionalmente una especial preocupación por los derechos de las minorías, en tanto que la democracia enfatiza particularmente la primacía de la voluntad de la mayoría; al constitucionalismo le interesa el establecimiento de reglas fijas y de carácter más bien permanente, mientras que a la democracia le preocupa ante todo el respeto por la voluntad actual de la ciudadanía.

En diversos contextos, y de modo diverso también, tales tensiones se traducen en una relación cada vez más difícil entre ambos términos de la ecuación, que ha podido implicar en la práctica democracias menos sujetas a reglas y —en lo que más nos interesa por el momento— sistemas constitucionales paulatinamente más hostiles o menos abiertos a las demandas, los reclamos y las necesidades de la ciudadanía. Mangabeira Unger resumió adecuadamente esa visión al sostener que el “pequeño y sucio secreto de la jurisprudencia contemporánea” está dado por su “disconformidad con la democracia”⁴. Esa disconformidad se expresa, según Unger, en una “incesante identificación de límites sobre la regla mayoritaria, antes que so-

nalidad de las normas, antes de que se conviertan en leyes vigentes (una “revisión política de constitucionalidad”). El segundo mecanismo tiene que ver con lo que Mark Tushnet ha denominado formas “débiles” de control judicial, y que implican técnicas de revisión constitucional que aparecen separadas de la “supremacía” o “última palabra” judicial. Esas novedades abrieron espacio para un nuevo tipo de relación, más dialógico entre los tribunales y el poder legislativo (Mark Tushnet, “Dialogic Review”, *Arkansas Law Review and Bar Association*, vol. 61, n. 2, pp. 205-216, 2008a).

3. Jon Elster y Rune Slagstad, *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge/Nueva York, Cambridge University Press, 1993.
4. Roberto Mangabeira Unger, *What Should Legal Analysis Become?*, Londres/Nueva York, Verso, 1996 (traducción nuestra).

bre el poder de las minorías dominantes, como responsabilidad principal de los jueces y juristas; y consecuentemente en la hipertrofia de prácticas y arreglos contramayoritarios; en la oposición a todas las reformas institucionales, particularmente a aquellas orientadas a expandir el nivel de compromiso político popular, lo cual es visto como algo que amenaza el sistema de derechos”⁵. Balkin⁶ también exploró esa peculiar “sensibilidad antipopular” que reconoce como propia de las elites jurídicas dominantes. Eses tipos de visiones, en su opinión, muestran una profunda desconfianza hacia las “preocupaciones de la gente común, un henchido sentido de la superioridad, un desdén por los valores populares, un temor frente a la regla de la mayoría, una confusión entre la capacidad técnica y la capacidad moral, y un hubris meritocrático”⁷.

El sesgo (si se quiere) antidemocrático de nuestra organización institucional se ha ido tornando cada vez más visible: resulta habitual, por caso, que las decisiones políticas más importantes se tomen de modo centralizado —típicamente, en torno al Poder Ejecutivo— y es común que se hable de una crisis de representación o de una representación política deficitaria como lo es que se reflexione sobre las serias dificultades que existen para responsabilizar a los funcionarios públicos por errores o faltas cometidas en el ejercicio de sus tareas.

En lo que hace al Poder Judicial —el área que aquí más nos interesa examinar—, tales dificultades se expresan de modo particularmente agudo. No por nada es que la reflexión sobre el poder de los jueces ha llevado a la doctrina legal a reflexionar —célebremente— en torno a la denominada “dificultad contramayoritaria”⁸. A través de dicha idea se ha procurado hacer referencia al problemático hecho de que el Poder Judicial, es decir, aquel con “credenciales democráticas” más frágiles (dado el modo —habitualmen-

5. *Idem*, p. 198.

6. Jack M. Balkin, “Populism and Progressivism as Constitutional Categories”, *The Yale Law Journal*, vol. 104, n. 7, 1995, disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/268, acceso en: 5 ene. 2017 (traducción nuestra).

7. *Idem*, p. 1951.

8. Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianápolis, Bobs-Merril, 1962 (traducción nuestra).

te indirecto— en que son electos sus miembros y la estabilidad —muchas veces de por vida— de que gozan los jueces), tenga la posibilidad de invalidar decisiones tomadas por los órganos más democráticos (en términos relativos, el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo), haciéndolo, además, con carácter final. Y es que, tal como se asume habitualmente, es el Poder Judicial el que tiene la “última palabra” o “palabra final” en lo que hace a la interpretación de las reglas constitucionales.

Tal situación —la que se relaciona con la “dificultad contramayoritaria” y su contexto— se ha ido agravando o tornando más evidente, con el paso de los años, a partir de la presencia de poderes judiciales más burocratizados; elencos judiciales todavía elitistas en cuanto a su composición o formas de acceso a los tribunales aún muy restrictivas. Ello ha puesto más en claro las tensiones que existen entre justicia y democracia, generando una sensación de agravio en la conciencia cada vez más democrática de la ciudadanía.

Puede disputarse, sin dudas, la descripción anterior, pero resulta un hecho innegable que, desde hace años, el Poder Judicial viene haciendo esfuerzos, más o menos genuinos, más o menos exitosos, por democratizar sus estructuras o, al menos, por fortalecer los rasgos democráticos de su organización, abriéndose, de uno u otro modo, a voces e inquietudes tradicionalmente ausentes en los estrados de la magistratura. Algunas de esas formas han tenido que ver con cambios destinados a establecer o restablecer puentes entre ella y las ramas políticas del poder; o —más en general— entre la justicia y la comunidad. Tales cambios han procurado romper con la idea tradicional de una justicia de elite, a cargo de la “última palabra” institucional, y con capacidad de desafiar o aun invalidar la decisión “democrática” surgida desde la política. A continuación, vamos a concentrarnos en esos cambios relacionados con las estructuras de la justicia, y el modo en que ella toma o establece sus decisiones. Lo vamos a hacer a través de la exploración de tres herramientas o nuevas prácticas —entre las muchas posibles— que se han orientado a favorecer fines como lo propuesto, esto es, sobre todo, fortalecer la relación entre constitucionalismo y democracia, robusteciendo de modo muy especial la legitimidad democrática de la decisión judicial. Las tres herramientas son: i) la cláusula del “no obstante” en Canadá; ii) las audiencias públicas promovidas desde

los tribunales superiores –tomaremos los ejemplos de Argentina y Brasil; y iii) el llamado “proceso de participación significativa” incentivado por la Corte de Sudáfrica.

La cláusula del “no obstante” en Canadá

En 1982, y a través de una reforma institucional en muchos sentidos fundacional –la adopción de la Carta Canadiense sobre Derechos (Canadian Charter of Rights)–, Canadá abrió las puertas de su sistema de organización institucional a una forma más concreta de diálogo. Ello así, en particular, a través de su famosa cláusula del “no obstante” (*notwithstanding clause*) o del *override*. La cláusula en cuestión jugó un papel significativo en el desarrollo de los debates legales contemporáneos sobre la democracia deliberativa y el diálogo jurídico. De hecho, se considera que fue esa cláusula la que disparó las actuales discusiones en torno al “constitucionalismo dialógico”. Como sostuvo el profesor Tushnet, “asumo que la revisión judicial dialógica ha tenido su origen en la Carta Canadiense sobre Derechos en 1982”¹⁰.

La citada cláusula aparece consagrada fundamentalmente por medio de dos apartados o secciones específicas: la section 1 y la section 33. La primera sostiene que los derechos establecidos en la Carta se encuentran sujetos a “las limitaciones que resulten demostrablemente justificadas en una sociedad libre y democrática”; mientras que la segunda establece, de modo crucial, que el Poder Legislativo puede extender la vigencia de una norma por períodos renovables de cinco años, “no obstante” las tensiones que la misma pueda tener con la Carta.

Por medio de tal reforma, se permite que la legislatura provincial o nacional insista en la aplicación de su legislación por un período adicio-

9. Luc B. Tremblay, “The Legitimacy of Judicial Review: The Limits of Dialogue between Courts and Legislatures”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, n. 4, pp. 617-648, 2005; Katharine G. Young, *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

10. Mark Tushnet, *op. cit.*, 2008a (traducción nuestra). Véase también: Mark Tushnet, “New Institutional Mechanism for Making Constitutional Law”, *Harvard Public Law Working Paper*, n. 15-08, 2015, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2589178, acceso en: 5 ene. 2017.

nal de cinco años, aunque el hecho de que la Corte encuentre a la misma inconsistente con algunos de los derechos contenidos en la Carta. En tal sentido, parte de lo que hizo la reforma canadiense fue empoderar a la legislatura para que pronuncie la “última palabra” a través de una mayoría ordinaria, por lo menos por un período adicional de cinco años. De ese modo, y por un lado, la reforma desafió el sistema tradicional de “supremacía judicial”, esto es, la modalidad conforme a la cual es el Poder Judicial el que tiene la última autoridad sobre lo que significa la Constitución. Por otro lado, la reforma favoreció que se abriera lugar a un debate de argumentos mayor —un proceso de acción y respuesta— entre la rama judicial y las ramas políticas¹¹.

Desde la perspectiva de los sistemas tradicionales de “frenos y contrapesos”, el intento de la reforma canadiense resulta sin dudas relevante. Y eso es así, en particular, si asumimos que tales sistemas tradicionales desalientan, sino directamente impiden, cualquier tipo de diálogo relacionado con la interpretación constitucional. De lo que se trata, en ellos, es de que un poder afirme su posición sobre un tema (esto es, el Congreso dicte una ley sobre regulación de la propiedad) y, en todo caso, que el de al lado lo impida (esto es, vetando la ley, o considerándola inválida). Los primeros académicos que presentaron a la reforma canadiense como promoviendo un “diálogo constitucional” fueron Hogg y Bushell. Ellos fueron, de hecho, los primeros en emplear la metáfora del “diálogo” en relación con la cláusula¹². Más tarde, Roach proveyó lo que fuera tal vez la mejor justificación del sistema, que estuvo basada en sus premisas dialógicas¹³.

11. Katharine G. Young, *op. cit.*, 2012, p. 148.

12. Peter W. Hogg y Allison A. Bushell, “The Charter Dialogue between Courts and Legislatures: Or Perhaps the Charter of Rights Isn’t such a Bad Thing after All”, *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 35, n. 1, pp. 75-124, 1997; Peter Hogg, Allison A. Bushell y Wade K. Wright, “Charter Dialogue Revisited: Or ‘Much Ado About Metaphors’”, *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 45, n. 1, pp. 1-65, 2007; Stephen Gardbaum, *op. cit.*, 2013, p. 111.

13. Kent Roach, “Constitutional and Common Law Dialogues between the Supreme Court and Canadian Legislatures”, *The Canadian Bar Review*, vol. 80, n. 1-2, pp. 481-533, 2001, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2129849>, acceso en: 5 ene. 2017; Kent Roach, “Dialogic Judicial Review and Its Critics”, *Supreme Court Law Review*, 2. ed., vol. 23, pp. 49-104, 2004, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1144790>, acceso en: 5 ene. 2017;

La organización de audiencias públicas por diferentes tribunales superiores en América Latina se ha convertido en una opción significativa en el área. Muchos de los tribunales regionales han adoptado esas prácticas siguiendo el ejemplo de la activa y progresiva Corte Constitucional de Colombia, que siempre se ha manifestado a la vanguardia del activismo jurídico. Hasta ahora, los tribunales latinoamericanos han recurrido al uso de las audiencias públicas por una diversidad de razones. En algunos casos, ellos simplemente intentaron recuperar parte de su perdida legitimidad (legitimidad afectada, muy habitualmente, por el mal de la “dependencia política” de la Justicia, hecho que ha sido muy propio de los tribunales de la región); en otros casos, tales iniciativas respondieron al esfuerzo genuino de transformar a la institución en una más transparente; y en los mejores casos –tal vez los más habituales– ellos aparecieron como un modo de mostrar una mayor apertura hacia la sociedad civil.

A través de dichas audiencias, los tribunales han dado un paso relevante, en términos institucionales, y atractivo, desde un punto de vista democrático. Efectivamente, podría decirse, actuando de ese modo han dejado de lado una tradicional actitud de autorestricción y a veces pasividad frente al Legislativo; se han comprometido ante violaciones masivas y graves de derechos, que antes dejaban virtualmente desatendidos; han tendido a destrabar, impulsar y poner en foco público discusiones difíciles y de primera importancia acerca de cómo resolver esas violaciones de derechos; y han hecho todo eso sin interferir en el ámbito de decisión democrática propio del poder político, y por tanto sin arrogarse una legitimidad o poderes de los que carecen.

Hemos visto audiencias de ese tipo en Brasil, para discutir temas de salud pública¹⁴; en Argentina, frente a discusiones relacionadas con la Ley

Christine Bateup, “Expanding the Conversation: American and Canadian Experiences of Constitutional Dialogue in Comparative Perspective”, *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 21, n. 1, pp. 1-57, 2007, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=947867>, acceso en: 5 ene. 2017.

14. Ottar Mæstad, Lise Rakner y Octavio L. Motta Ferraz, “Assessing the Impact of Health Rights Litigation: A Comparative Analysis of Argentina, Brazil, Colombia, Costa Rica,

de Medios, el estado de las cárceles o el medioambiente¹⁵; o en el pionero ejemplo de Colombia, frente a los problemas de superpoblación carcelaria, medioambiente, salud o el desplazamiento de personas¹⁶. En lo que sigue, vamos a concentrar la atención en los ejemplos de las audiencias en Argentina y Brasil, en donde ellas han tomado una especial fuerza en los últimos años.

En Brasil, el Supremo Tribunal Federal (STF) ha sido caracterizado como un cuerpo “no deliberativo” o aun “antideliberativo” desde su inicio¹⁷. De todo modo, y tal vez por dicha razón, en los últimos años el STF brasileño comenzó a cambiar sus prácticas para adoptar procedimientos más transparentes. Las novedades incluyeron algunas reformas en materia de *standing*; una mayor apertura a los *amicus curiae*; la televisación de los procedimientos del tribunal; y el uso de las audiencias públicas. Ese tipo de prácticas —las audiencias— resultaban relativamente comunes en el nivel

India and South Africa”, en Alicia Ely Yamin y Siri Gloppen (eds.), *Litigating Health Rights: Can Courts Bring more Justice to Health?* Cambridge, Harvard University Press, 2011; Siri Gloppen, “Analyzing the Role of Courts in Social Transformation”, en Roberto Gargarella, Pilar Domingo y Theunis Roux (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot/Burlington, Ashgate, 2006.

15. Paola Bergallo, “Justicia y Experimentalismo: La Función Remedial del Poder Judicial en el Litigio de Derecho Público en Argentina”, en Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional, Rio de Janeiro, 2005. Publicación del Seminario, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2005; versión electrónica disponible en: <http://islandia.law.yale.edu/sela/sela2005.htm>, acceso en: 5 ene. 2017, versión en inglés disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/44, acceso en: 5 ene. 2017; Sofia Gruskin y Norman Daniels, “Justice and Human Rights: Priority Setting and Fair Deliberative Process”, *American Journal of Public Health*, vol. 98, n. 9, pp. 1573-1577, 2008.
16. Manuel José Cepeda-Espinosa, “Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court”, *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 3, n. 4, 2004; César Rodríguez-Garavito, “Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America”, *Texas Law Review*, vol. 89, n. 7, pp. 1669-1698, 2011; César Rodríguez-Garavito y Luis Carlos Arenas, “Indigenous Rights, Transnational Activism, and Legal Mobilization: The Struggle of the U'wa People in Colombia”, en César Rodríguez-Garavito y B. Sousa Santos, *Law and Globalization from Below: Towards a Comopolitan Legality*, Cambridge/Nueva York, Cambridge University Press, 2005.
17. Virgílio Afonso da Silva, “Deciding without Deliberating”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, n. 3, pp. 557-584, 2013.

legislativo, pero no así en la esfera judicial, al menos hasta el dictado de dos leyes, en 1999, referidas al tema. Las leyes, que vinieron a regular la acción directa de inconstitucionalidad, permitieron la organización de audiencias públicas en circunstancias específicas. De acuerdo con lo estipulado en la normativa vigente, el magistrado que toma la responsabilidad del caso en cuestión o el presidente de la Corte se encuentran autorizados a convocar una audiencia “cuando sea que entiendan que la clarificación de algunos asuntos, o de las circunstancias, de hecho lo necesitan, en casos con repercusión general y en casos que son de un interés público relevante”¹⁸. Desde el momento de su lanzamiento, la Corte organizó audiencias públicas en unos veinte casos. Ellos incluyeron discusiones de los más variados tópicos, desde la prohibición a la importación de neumáticos a las acciones afirmativas o al derecho a terminar con el embarazo en caso de fetos anencefálicos.

En Argentina, la primera audiencia pública se organizó en el 2004, con el Caso Verbitsky, referido a las condiciones propias de las prisiones y los derechos de los prisioneros (hubo dos audiencias en dos días diferentes). Al poco tiempo, se realizaron otras ocho audiencias en torno al famoso Caso Mendoza (entre 2006 y 2007). Luego de ese período inicial, la Corte produjo la acordada 30/2007, en donde estableció unas (pocas) pautas que iban a regular los procedimientos de las audiencias. De los muchos datos presentes para el análisis de esas audiencias, por el momento podría destacarse cierta irregularidad en la celebración de las mismas: una audiencia en el 2007; luego cinco en el 2008; cuatro en el 2009. Así, desde 2012 a 2014, se celebraron solo dos por año (en el 2013 y 2014 las dos audiencias se referían al mismo caso).

En todo caso, lo cierto es que, tanto en Argentina como en Brasil, la celebración de audiencias representó una novedad significativa, que vino a dar más visibilidad a las respectivas Cortes, aportó más transparencia a

18. Mônia Clarissa Hennig Leal, “Public Hearings in the Ambit of the Brazilian Federal Supreme Court: A New Form of Participation in Public Affairs”, en ixth World Congress of the International Association of Constitutional Law, Oslo, 16-20 jun. 2014, p. 14, disponible en: <https://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/ws16/w16-leal.pdf>, acceso en: 20 feb. 2017.

sus decisiones y favoreció que el público no especializado tuviera acceso a debates de interés público y pudiera aprender de los argumentos dados por las diferentes partes en la discusión.

El “proceso de participación significativa” en la Corte sudafricana
La Corte Constitucional de Sudáfrica se ha convertido desde hace tiempo en una Corte ejemplar por una diversidad de razones —particularmente, si tomamos la perspectiva de activistas jurídicos interesados en el reconocimiento y puesta en práctica de los derechos sociales y económicos de los grupos más desaventajados. La Corte ha sido ejemplar en el modo de razonar, en la creatividad e innovación que ha demostrado a la hora de decidir y también en la sensibilidad que ha sabido demostrar a favor de los derechos de los grupos más vulnerables.

De diversos modos, la Corte de Sudáfrica ha promovido la participación popular y ha reforzado sus vínculos con la sociedad civil: ella desarrolló generosas reglas de *standing*; promovió el uso de las acciones de clase y el litigio de interés público; facilitó la presentación de *amicus curiae*, etc.¹⁹ En años recientes, la Corte sudafricana ha lidiado con el derecho de vivienda y los desalojos, desarrollado una práctica novedosa que ha recibido el nombre del *meaningful engagement* — aquí, un “proceso de participación significativa”.

La práctica en cuestión comenzó con las órdenes dictadas por el tribunal para asegurar que las partes del caso “se comprometieran unas con otras de modo significativo en ciertos asuntos”²⁰. La primera oportunidad

19. Sandra Liebenberg, “Participatory Approaches to Socio-economic Rights Adjudication: Tentative Lessons from South African Evictions Law”, *Nordic Journal of Human Rights*, vol. 32, n. 4, pp. 312-330, 2014; *idem*, “Toward an Equality-promoting Interpretation of Socio-economic Rights in South Africa: Insights from the Egalitarian Liberal Tradition”, *The South African Law Journal*, vol. 132, n. 2, pp. 411-437, 2015; Theunis Roux, *The Politics of Principle: The First South African Constitutional Court, 1995-2005*, Cambridge/Nueva York, Cambridge University Press, 2013.

20. Anashiri Pillay, “Toward Effective Social and Economic Rights Adjudication: The Role of Meaningful Engagement”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, n. 2, pp. 732-755, 2012 (traducción nuestra).

en que el tribunal llamó a tal compromiso fue en un conocido caso de 2008, en *Olivia Road*²¹.

El caso representó un buen ejemplo de lo que un tribunal comprometido con los derechos de los desaventajados puede hacer a favor de tales grupos, y de un modo consistente con la democracia (aún con una visión exigente de la misma). En *Olivia Road*, los demandantes desafiaron a la municipalidad de Johannesburgo y a su práctica de desalojar por la fuerza a residentes de los que eran considerados “malos edificios” por razones de salud y seguridad²². La remoción de los residentes formaba parte de un plan de reordenamiento poblacional y desalojos más amplio, que preveía reubicar a casi 70 mil personas que ocupaban unas 235 propiedades consideradas inapropiadas en términos de salud y seguridad. En un pasaje crucial de su decisión, la Corte sostuvo que:

Se requiere a ciudad de Johannesburgo y los demandantes que entren en un proceso de participación significativa y, tan pronto como sea posible, en un esfuerzo destinado a resolver las diferencias y dificultades que son objeto de esta demanda, eso a la luz de los valores de la Constitución, los deberes legales y constitucionales y los derechos y deberes ciudadanos. Ellos deben ingresar en este compromiso en un esfuerzo por aliviar los padecimientos de los demandantes que viven en dos edificios de modo tal de hacer la vida en ellos tan segura y tan saludable como sea razonablemente practicable²³.

Luego de llevado a cabo ese proceso de acuerdo y compromiso, las partes debían informar a la Corte de los resultados alcanzados; ya el tribunal debía decidir luego de qué modo proceder. En ese caso, el acuerdo cele-

21. Brian Ray, *Occupiers of 51 Olivia Road v. City of Johannesburg: Enforcing the Right to Adequate Housing through “Engagement”*, Nottingham, Nottingham University Press, 2008.

22. Lilian Chenwi, “Democratizing the Socio-economic Rights-enforcement Process”, en Helena Alviar García; Karl Klare y Lucy A. Williams (eds.), *Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquires*, Londres, Routledge, 2015, pp. 178-196 (traducción nuestra).

23. Sandra Liebenberg, “Engaging the Paradoxes of the Universal and Particular in Human Rights Adjudication: The Possibilities and Pitfalls of ‘Meaningful Engagement’”, *African Human Rights Law Journal*, vol. 12, n. 1, pp. 1-29, 2012 (cf. p. 14).

brado entre las partes fue finalmente aprobado por la Corte en noviembre de 2007. El caso se convirtió, desde entonces, en un ejemplo paradigmático acerca de cómo lidiar con una situación socialmente conflictiva, de un modo favorable a la participación cívica y consciente de las potencias y límites de los tribunales en materia de legitimidad democrática.

La importante decisión de Olivia Road, de todo modo, apareció dis-continuada o limitada años después, por la misma Corte, en Joe Slovo I, en donde el tribunal pareció dejar de lado algunos de los principios esenciales que defendiera en el primer caso. Joe Slovo es el nombre de uno de los asentamientos informales más extensos que existen en Sudáfrica, y en él sus habitantes resistieron a las iniciativas de remoción territorial impulsadas desde el Estado. En ese caso, a la hora de definir su decisión, la Corte ordenó a las partes involucrarse en un proceso de “compromiso significativo” en relación con los distintos aspectos del proceso de desalojo. Esa decisión se contradecía con lo hecho en Olivia Road, ya que en aquel caso el tribunal sostuvo que la ausencia de un proceso adecuado de “compromiso significativo” socavaba el valor de la orden legal de desalojo. Ahora, en cambio, los participantes eran invitados a discutir entre ellos acerca de los detalles de una orden de desalojo que no era cuestionada, sino tomada simplemente por buena.

Novedades institucionales y democracia

Los tres desarrollos examinados en las páginas anteriores representan, simplemente, ejemplos importantes acerca de los modos en que el sistema institucional puede reacomodarse, de forma tal de resultar más sensible a la política y las voces ciudadanas, y en tal sentido más compatible con las aspiraciones democráticas de la comunidad. Podría decirse que se trata de tres formas, de entre las muchas posibles, en que los sistemas institucionales contemporáneos han tratado de disminuir las tensiones presentes entre el constitucionalismo y la democracia, facilitando de esa forma las relaciones entre ambos ideales.

En particular, los ejemplos examinados nos refieren a tres maneras posibles de moderar aquellas tensiones actuando sobre, desde o en relación

con, una de las piezas centrales del sistema institucional, esto es, el Poder Judicial. Lo que se pretende, en todos los casos y de diversas formas, es atender a la clásica objeción acerca del carácter “contramayoritario” del Poder Judicial, reforzando el lado democrático de la ecuación. En el primer caso, el de la cláusula del “no obstante,” en Canadá, se afirma el valor de la revisión judicial, pero desafiando el particular enfoque de la “supremacía judicial”, esto es, la capacidad de los tribunales de pronunciar la “última palabra” en materia de interpretación constitucional. En el segundo caso, el de las “audiencias públicas”, que ejemplificamos con los casos de Brasil y de Argentina, nos encontramos con tribunales tratando de salir al cruce de la habitual crítica en torno al elitismo judicial y la distancia que puede y suele existir entre la ciudadanía y los órganos judiciales. A través de las audiencias, los tribunales han tendido puentes con la ciudadanía, buscando recoger directamente sus voces y trayendo de ese modo a sus estrados puntos de vista o pretensiones normalmente ausentes de los mismos. Finalmente, y a través de la metodología del “compromiso significativo”, vemos a un tribunal —la Corte de Sudáfrica en el ejemplo— escogiendo una estrategia de respuesta por demás interesante, capaz de convertir al tribunal en promotor (antes que obstáculo) del debate democrático, de una forma tal que le permite también sortear la tradicional objeción democrática sobre la Justicia.

Las tres respuestas, en los hechos, de distintos modos y en distintos grados, han buscado resituarse al Poder Judicial en un lugar más cómodo y menos polémico, más compatible con las exigencias que pueden ser propias de un sistema democrático que subraya el valor del diálogo colectivo. La reforma canadiense, podría decirse, representó un modesto aunque decisivo paso en tal dirección. Se trató de la primera vez en que un sistema institucional central ponía en cuestión la extendida práctica de la “supremacía judicial”, demostrando a la vez la dificultad de los arreglos dominantes para poner en práctica alternativas más dialógicas. Sin embargo; la reforma, en tal sentido, vino a mostrar la necesidad de tomar medidas de cambio institucional, para asegurar o favorecer prácticas deseadas, pero que el marco organizativo presente no facilita o directamente dificulta.

Las audiencias públicas, mientras tanto, han demostrado la enorme potencia de ciertos arreglos dialógicos, en su capacidad para dotar de

mayor rigor y legitimidad a decisiones públicas tan importantes como controvertidas. A través de las mismas, los tribunales han podido ganar conocimientos que de otro modo hubieran tenido problemas en adquirir, dada la gravedad de muchos de los casos involucrados (esto es, reformas en la Ley de Medios; reformas ambientales complejas; reordenamientos en materia de prisiones, etc.). Asimismo, las audiencias han mostrado su potencia en el campo de la educación cívica, permitiéndole a la ciudadanía conocer argumentos accesibles sobre cuestiones complicadas, tanto como razones "a favor y en contra" de temas que corrían el riesgo de ser mirados sesgadamente, con base en la falta de información o prejuicios.

Finalmente, estrategias de decisión como la del proceso de "participación significativa" han mostrado que los tribunales pueden escoger modalidades de acción particulares, capaces de dotar de autoridad y legitimidad democrática a respuestas que, de otro modo, podrían ser cuestionables desde un punto de vista democrático. Más aun, prácticas como la de la "participación significativa" pueden ser vistas como particularmente apropiadas para quienes piensan al sistema institucional desde un compromiso específico con un entendimiento dialógico o conversacional de la democracia.

Los límites del reformismo democrático

Novedades como las examinadas en las páginas anteriores ejemplifican bien algunos posibles caminos a recorrer a la hora de encarar procesos de reforma institucional, tendientes a reforzar los compromisos democráticos del constitucionalismo. Desafortunadamente, y al mismo tiempo, tales sucesos nos llaman la atención acerca de los límites del tipo de reformismo democrático promovido en estos tiempos. Y es que reformas como las citadas—que, conviene aclararlo, todavía tienen mucho por dar y que pueden desarrollarse aún en direcciones promisorias—han mostrado tempranamente sus límites, los cuales amenazan con apagar la potencia transformadora de esos cambios, y dejan a los mismos como intentos muy modestos que implican mejoras respecto de la situación de partida, pero que no subsanan

—como tienen la capacidad de hacerlo— el tipo de problemas que prometían resolver. De tal forma, la posibilidad de fortalecer al componente democrático del constitucionalismo puede resultar finalmente muy restringida.

Las razones de tales límites —que a continuación vamos a ver ilustrados— son muchas, sin duda, pero podríamos anticipar algunas de ellas. Una primera tiene que ver con el hecho de que tales reformas han quedado normalmente a cargo de aquellos mismos órganos cuya autoridad podía verse disminuida por un desarrollo profundo y extenso de esos mismos cambios. Por otro lado, tales reformas se han dado en un contexto (no solo social sino también) institucional que, según diremos, no es afín a la introducción de tales cambios. Más bien, sistemas institucionales como los que priman en muchas democracias modernas parecen guiarse en sus estructuras por principios contradictorios respecto de aquellos que animaron originariamente a las reformas democráticas del caso.

Cuando prestamos atención a las dificultades que han mostrado, en su desarrollo, instrumentos y nuevas prácticas como las examinadas, podemos reconocer enseguida los comunes orígenes de los problemas que las empañan. En relación con el caso de la cláusula del *override*, en Canadá, puede decirse que el tipo de interacción que ella favorece se encuadra, en principio, menos en una mecánica de diálogo que en otra de “imposición o resistencia”, como la que de hecho ya es propia del tradicional esquema de “frenos y contrapesos”. Se trata de otra herramienta “defensiva” que se ofrece a las ramas políticas para restaurarle parte del poder que le fuera erosionado en los hechos (a través de la consolidación de la “supremacía judicial” o “última palabra”). Al mismo tiempo, no resulta claro que el reforzamiento que se hace del Poder Legislativo sea capaz de trascender ciertos casos excepcionales, de modo tal de revertir de forma efectiva la situación de superioridad que sigue distinguiendo a la posición judicial. Si esa diferencia de posicionamiento entre las distintas ramas del poder persiste, resulta difícil hablar de un contexto institucional apropiado para el diálogo: el diálogo requiere de partes situadas en lugares de relativa igualdad.

En tal sentido, y refiriéndose al funcionamiento de la Carta Canadiense de Derechos, Petter ha señalado que “los teóricos del diálogo han desdénado la posición privilegiada que los tribunales ocupan en los diálogos

sobre la Carta”²⁴. Dicho autor refiere, además, a los estudios empíricos que han dejado en claro “el tipo de relación jerárquica que existe entre el Poder Judicial y la Legislatura en [...] los casos que la teoría del diálogo se proponía refutar”²⁵. En un sentido similar, Roach también reconoce los riesgos de que el diálogo degenera en situaciones de “monólogo o supremacía judicial”²⁶. A la luz de esas consideraciones, podríamos insistir en lo antedicho: no es claro que los incentivos provistos por el nuevo sistema sean los más apropiados para promover el diálogo y la cooperación entre los poderes. Tampoco es claro que el mismo se haya convertido en un sistema de “revisión judicial débil”²⁷. Esto es, estamos frente a una reforma atractiva por lo novedosa, pero que ha mostrado todavía muy poca capacidad de renovación sobre las viejas prácticas.

El estudio de las audiencias en Argentina y Brasil nos muestra otra nueva práctica de interés, que sin embargo hasta ahora se ha desplegado con mucho menos fuerza —y, por tanto, con mucho menos atractivo— que el esperado o debido. En el que es seguramente el estudio más abarcativo y profundo que se ha escrito en relación con las audiencias convocadas por la Corte argentina, Benedetti y Sáenz han documentado con gran detalle la organización, el desarrollo y los resultados de todas las audiencias públicas que tomaron lugar desde el 2004²⁸. Si hay algún elemento que resalta de ese reporte es la virtual ausencia de reglas claras en cuanto a los procedi-

24. Andrew Petter, “Twenty Years of *Charter* Justification: From Liberal Legalism to Dubious Dialogue”, *University of New Brunswick Law Journal*, vol. 52, p. 187-200, 2003 (traducción nuestra).

25. *Idem*, *ibidem*; Jamie Cameron, “Dialogue and Hierarchy in Charter Interpretation: A Comment on R. v. Mills”, *Alberta Law Review*, vol. 38, n. 4, p. 1051-1068, 2001.

26. Kent Roach, “Dialogic Judicial Review and Its Critics”, *Supreme Court Law Review*, 2. ed., vol. 23, pp. 49-104, 2004; Christopher P. Manfredi y James B. Kelly, “Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell”, *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 37, n. 3, pp. 513-527, 1999, disponible en: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol37/iss3/1>, acceso en: 5 ene. 2017.

27. Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press, 2008b; *idem*, *op. cit.*, 2008a; *idem*, *op. cit.*, 2015.

28. Miguel Ángel Benedetti y María Jimena Sáenz, *Las Audiencias Públicas ante la Corte Suprema: Apertura y Límites de la Participación Ciudadana en la Justicia*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.

mientos de las audiencias, y por tanto la discrecionalidad que permanece en manos de las autoridades de la Corte (y en particular en las de su presidente) en ese respecto. Las audiencias se convocan básicamente cuando la Corte así lo quiere y no se convocan cuando ella no lo quiere (de allí la notable variación de audiencias por año que mencionáramos anteriormente); el tribunal, por lo demás, comienza y termina las audiencias citadas cuando quiere; y en sus decisiones toma de ellas lo que quiere, del modo en que quiere y en la medida en que quiere hacerlo.

La misma dinámica que mencionamos para el caso argentino es la que se advierte en el caso de Brasil. En otro exhaustivo estudio empírico de las audiencias, realizado en ese caso por los investigadores brasileños Sombra *et al.*²⁹, se examinan dieciocho audiencias celebradas por la Corte entre 2007 y 2015. Como en el caso anterior, el autor destaca ante todo el rasgo de la discrecionalidad que advierte en el funcionamiento del tribunal y la ausencia de criterios claros en lo relativo a los requerimientos básicos de esas audiencias. El estudio no encuentra ninguna guía para entender por qué en algunas ocasiones —y no en otras— se convocaba a las audiencias o por qué la frecuencia de las mismas variaba del modo en que lo hacían (trece de las dieciocho se celebraron en los últimos tres años de la investigación; siete tomaron lugar solo en 2013). El autor tampoco encuentra argumentos claros para explicar por qué se invitaba a declarar en las audiencias a las personas a las que se invitaba, y por qué se invitaba a asistir a las personas a las que se invitaba, y no a otras. Del mismo modo que en el estudio argentino, además, el investigador señala que el tribunal superior de Brasil no justificó nunca por qué usaba o dejaba de usar las informaciones surgidas durante las audiencias, en sus sentencias finales. En su opinión, los diferentes miembros del tribunal tienden todavía a escribir sus decisiones “en un alto nivel de abstracción, acompañados solamente por un compromiso menor en relación con la complejidad de la infor-

29. Thiago Luís Santos Sombra *et al.*, “Supremo Tribunal Federal Representativo: O Impacto das Audiências Públicas na Deliberação”, en II Congresso Internacional de Direito Constitucional & Filosofia Política: O Futuro do Constitucionalismo – A Construção da Democracia Constitucional, Belo Horizonte, 2015, pp. 412-414.

mación obtenida durante las audiencias públicas”³⁰. En otros términos, el propósito mismo de las audiencias aparece en cuestión luego de leídas las sentencias del caso: para qué se las había convocado si luego de leídas las sentencias resultados no iban a ser aprovechados a la hora de la decisión? ³¹ Lo que los casos de Argentina y Brasil parecen ratificar, de ese modo, es la inconveniencia de que sea el propio tribunal el que guarde el completo poder —una total discreción— para actuar en la materia, sin reglas claras que organicen, ordenen y limiten sus facultades. De esa forma, la posibilidad de que esas iniciativas democratizadoras cobren vida efectiva resulta diluida en la práctica.

Finalmente, el pasaje desde Olivia Road hasta Joe Slovo, en la trayectoria de la “participación significativa” sudafricana, nos habla de una situación y unas dificultades similares a las recién repasadas. Esa errática trayectoria de la misma herramienta sugiere la existencia de problemas institucionales en su sostenimiento. El hecho es que el mismo sistema judicial pudo producir una decisión —Olivia Road— y su contraria (o una versión muy degradada de la misma) —Joe Slovo— sin el mínimo problema, sin cuestionamiento alguno y de un momento al siguiente. Lo que ese hecho deja en claro es que no existen frenos, sanciones, controles populares u otro tipo de incentivos institucionales capaces de impedir o favorecer la producción de un tipo de decisión u otro. Cuando el sistema democrático no incluye controles ni incentivos particulares adecuados (los jueces no están obligados a escuchar ciertas voces; continúan situados en un lugar alejado de la ciudadanía; los ciudadanos no tienen un modo de impactar efectivamente sobre ese proceso de decisión judicial, etc.), entonces las decisiones finales del sistema quedan dependientes de la ocasional buena voluntad de jueces particulares en casos particulares. Esa situación no es saludable para la democracia, ni es atractiva desde la perspectiva de la justicia social —particularmente, en el marco de sociedades como la sudafricana, profundamente marcadas por la presencia de desigualdades injustificadas.

30. *Idem*, *ibidem* (traducción nuestra).

31. Miguel Gualano de Godoy, *Devolver a Constituição ao Povo: Crítica à Supremacia Judicial e Diálogos Interinstitucionais*, tese de doutorado, Paraná, Universidade Federal do Paraná, 2015.

Qué cambios son necesarios para dotar de sentido al nuevo “constitucionalismo dialógico”?

Los argumentos, ejemplos y objeciones presentados en las páginas anteriores no deben verse como dirigidos a socavar el atractivo o la potencia del “constitucionalismo dialógico”. Por el contrario, puede decirse que nos encontramos frente a una de las novedades más significativas y auspiciosas en el desarrollo del constitucionalismo contemporáneo: pocas iniciativas han resultado tan importantes para reforzar los rasgos democráticos de nuestro constitucionalismo como las surgidas desde dentro de dicho marco. De todo modo, no puede negarse que existen muchos elementos en nuestras actuales prácticas que se encuentran bien preparados para limitar o minar el atractivo de las mejores promesas del constitucionalismo dialógico.

Podríamos mencionar en primer lugar —aunque esa cuestión nos lleve a terrenos que exceden a los alcances posibles de este escrito— la persistencia de desigualdades estructurales. Parece claro que la preservación de tales desigualdades (económicas, sociales, culturales, políticas y, por supuesto, también legales) va a presionar siempre en contra de la estabilización de cualquier arreglo institucional que contribuya a democratizar u “horizontalizar” el proceso de toma de decisiones.

En segundo lugar, y más en línea con los temas y motivos propios de este escrito, nos encontramos con trabas provenientes de la propia estructura institucional vigente. Podemos referirnos, ante todo, a la existencia de arreglos institucionales que no se encuentran bien preparados para “recibir”, acomodar o favorecer la promoción de un diálogo inclusivo. La vieja estructura del sistema de “frenos y contrapesos”, por ejemplo, parece haber estado motivada mucho más por la necesidad de “evitar la guerra” entre facciones que por facilitar el diálogo institucional o social³². Dicha finalidad —evitar la guerra— explica bien el sentido de una serie de

32. Roberto Gargarella, “El Nuevo Constitucionalismo Dialógico Frente al Sistema de Frenos y Contrapesos”, en Roberto Gargarella (comp.), *Por una Justicia Dialógica: El Poder Judicial como Promotor de la Deliberación Democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2014; *idem*, “‘We the People’ Outside of the Constitution: The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances”, *Current Legal Problems*, vol. 67, n. 1, pp. 1-47, 2014.

herramientas (el veto presidencial, el juicio político, el control judicial) que ayudaron a impedir que una facción particular tomara control de parte del gobierno, imponiendo así su voluntad sobre el resto de las ramas de gobierno y en definitiva sobre la sociedad. Puesto al servicio de un tal objetivo, el instrumental propio del sistema de "frenos y contrapesos" —podría decirse— cumplió apropiadamente con su meta. Sin embargo, la promoción del diálogo es otra cosa. Sin embargo, no es claro que las nuevas herramientas del "constitucionalismo dialógico", desarrolladas en estos años, encajen bien dentro de una estructura institucional general preparada para otros fines. Más bien lo contrario. De modo "natural", cada rama del gobierno se encuentra preparada para hacer valer su posición o resistir las imposiciones de las demás ramas de gobierno: no resulta extraño, entonces, que el Legislativo canadiense busque doblegar al Poder Judicial antes que dialogar con él; o que el Poder Judicial busque la forma de preservar su "última palabra", en lugar de adaptarse a los cambios y seguir el diálogo. En el mismo sentido, tampoco sorprende que el Poder Judicial, en Argentina, Brasil o Sudáfrica, promueva ciertas alternativas potencialmente democratizadoras —favoreciendo de ese modo la introducción de cambios de tipo conversacional— para cerrar esas mismas puertas apenas lo considere suficiente o al momento de incomodarse con el tipo de desarrollo que él mismo ha habilitado. Para decirlo en términos más crudos: no es esperable que el Poder Judicial desarrolle una vocación suicida y se haga cargo de recortar por sí mismo los márgenes de poder discrecional con los que hoy cuenta y de los que se beneficia y saca provecho. De allí que los instrumentos dialógicos examinados muestren su promesa/potencia e inmediatamente dejen en claro sus férreos límites. El desarrollo del constitucionalismo dialógico resulta, entonces, demasiado dependiente de la buena voluntad ocasional de sus impulsores o queda encerrado dentro de la estrecha lógica institucional en la que aparece. Quienes bregamos por desarrollos más profundos en la línea de un constitucionalismo dialógico —desarrollos en donde el carácter democrático del constitucionalismo resulte subrayado— debemos promover entonces la adopción de cambios institucionales más vastos, capaces de expandir y estabilizar, en lugar de limitar o socavar, las posibilidades de nuestra conversación democrática.