

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**La revisión judicial en
democracias defectuosas**

**Revisão judicial em democracias
defeituosas**

Roberto Gargarella

Sumário

EDITORIAL: CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: O QUE TEMOS EM COMUM?	15
EDITORIAL: CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO: ¿QUÉ TENEMOS EN COMÚN?	17
Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone Campos Mello	
SEÇÃO I: PODER CONSTITUINTE	19
AS CONSTITUIÇÕES LATINO-AMERICANAS ENTRE A VIDA E A MORTE: POSSIBILIDADES E LIMITES DO PODER DE EMENDA	21
Luís Roberto Barroso e Aline Osorio	
CRIAÇÃO CONSTITUCIONAL SEM PODER CONSTITUINTE: OS LIMITES CONCEITUAIS DO PODER DE SUBSTITUIÇÃO OU REVISÃO DA CONSTITUIÇÃO	56
Carlos Bernal Pulido	
QUEM CONTA COMO NAÇÃO? A EXCLUSÃO DE TEMÁTICAS LGBTI NAS ASSEMBLEIAS CONSTITUINTE DE BRASIL E COLÔMBIA	85
Rafael Carrano Lelis, Marcos Felipe Lopes de Almeida e Waleska Marcy Rosa	
EM DEFESA DA PARTICIPAÇÃO: ANÁLISE DA INICIATIVA POPULAR PARA ALTERAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO NO BRASIL E NO EQUADOR	114
Ilana Aló Cardoso Ribeiro e Lílian Márcia Balmant Emerique	
REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE O PROCESSO CONSTITUINTE EQUATORIANO DE MONTECRISTI (2007-2008)	130
E. Emiliano Maldonado	
SEÇÃO II: JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA	152
LA REVISIÓN JUDICIAL EN DEMOCRACIAS DEFECTUOSAS	154
Roberto Gargarella	
CONSTITUIÇÃO E PLURALISMO JURÍDICO: A POSIÇÃO PARTICULAR DO BRASIL NO CONTEXTO LATINO-AMERICANO	171
Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos	
AS CONSTITUIÇÕES LATINO-AMERICANAS PELAS LENTES DAS CORTES CONSTITUCIONAIS: A FORÇA NORMATIVA E O ROMANTISMO DOS PREÂMBULOS	185
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy e Carlos Frederico Santos	

REDES SOCIALES, JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DELIBERACIÓN PÚBLICA DE CALIDAD: LECCIONES DEL PLEBISCITO POR LA PAZ EN COLOMBIA.....	203
Jorge Ernesto Roa Roa	
A EFETIVIDADE DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL EM RAZÃO DOS SISTEMAS DE MONITORAMENTO: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE COLÔMBIA E BRASIL	218
Aléssia Barroso Lima Brito Campos Chevitarese, Ana Borges Coêlho Santos e Felipe Meneses Graça	
SEÇÃO III: CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR E “IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE” NA AMÉRICA LATINA	231
O MANDATO TRANSFORMADOR DO SISTEMA INTERAMERICANO: LEGALIDADE E LEGITIMIDADE DE UM PROCESSO JURISGENÉTICO EXTRAORDINÁRIO	233
Armin von Bogdandy	
CONSTITUCIONALISMO, TRANSFORMAÇÃO E RESILIÊNCIA DEMOCRÁTICA NO BRASIL: O IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA TEM UMA CONTRIBUIÇÃO A OFERECER? ..	254
Patrícia Perrone Campos Mello	
UM PROJETO COMUM PARA A AMÉRICA LATINA E OS IMPACTOS DAS EMPRESAS EM DIREITOS HUMANOS	287
Danielle Anne Pamplona	
O PAPEL DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NA CONSTRUÇÃO DIALOGADA DO IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA.....	303
Ana Carolina Lopes Olsen e Katya Kozicki	
SEÇÃO IV: NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO	332
O PAPEL DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NA CONSTRUÇÃO DIALOGADA DO IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA.....	334
Roberto Viciano Pastor e Rubén Martínez Dalmau	
¡QUE VIVA EL ESTADO PLURINACIONAL!: ¿Y LO SOCIOAMBIENTAL?	351
Anibal Alejandro Rojas Hernández, aula Harumi Kanno, Heline Sivini Ferreira e Adriele Fernanda Andrade Précoma	
O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: ANÁLISE MARXISTA DA INVISIBILIZAÇÃO DA LUTA DE CLASSES NAS INVESTIGAÇÕES JURÍDICAS CRÍTICAS	365
Daniel Araújo Valença, Ronaldo Moreira Maia Júnior e Rayane Cristina de Andrade Gomes	
O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: ANÁLISE MARXISTA DA INVISIBILIZAÇÃO DA LUTA DE CLASSES NAS INVESTIGAÇÕES JURÍDICAS CRÍTICAS	382
Adriele Andrade Précoma, Heline Sivini Ferreira e Rogério Silva Portanova	

SEÇÃO V: DIREITOS FUNDAMENTAIS	401
O DIREITO À ÁGUA NAS CONSTITUIÇÕES DA AMÉRICA DO SUL: ELEMENTOS COMUNS E TRAÇOS DISTINTIVOS.....	403
Thiago Rafael Burckhart e Milena Petters Melo	
DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA: AVANÇOS E DESAFIOS INERENTES À ATUAL CONJUNTURA POLÍTICA	420
Paulo Renato Vitória e Gabriela Maia Rebouças	
O NOVO CONSTITUCIONALISMO NA AMÉRICA LATINA E CARIBE, E A CONSTRUÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	444
Alethele de Oliveira Santos, Maria Célia Delduque e Moacyr Rey Filho	
A QUALIDADE DA EDUCAÇÃO PARA A EFETIVAÇÃO E CONSOLIDAÇÃO DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO NO EQUADOR E NA BOLÍVIA.....	460
Manuel Rodrigues de Sousa Junior e Luigi Bonizzato	
A DIVERSIDADE CULTURAL SEGUNDO O ENTENDIMENTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO TRANSFORMADOR.....	476
Bianor Saraiva Nogueira Júnior, Deicy Yurley Parra Flórez e Ulisses Arjan Cruz dos Santos	
UN APORTE A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LATINOAMÉRICA: LA ACTIVIDAD DEL OMBUDSMAN CRIOLLO EN TRIBUNALES DE JUSTICIA.....	493
Juan Pablo Díaz Fuenzalida	
SEÇÃO VI: POVOS INDÍGENAS	512
EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IDENTIDAD CULTURAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: UN DERECHO-MATRIZ Y FILTRO HERMENÉUTICO PARA LAS CONSTITUCIONES DE AMÉRICA LATINA: LA JUSTIFICACIÓN	514
Juan Jorge Faundes	
POVOS INDÍGENAS E A (AUSÊNCIA DE) JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO BRASILEIRA: UMA ANÁLISE À LUZ DO CONSTITUCIONALISMO PLURALISTA LATINO-AMERICANO	537
Jamilly Izabela de Brito Silva e Sílvia Maria da Silveira Loureiro	
JURISDIÇÃO INDÍGENA E PLURALISMO JURÍDICO NA AMÉRICA LATINA: ESTUDO DE CASO SOBRE A JUSTIÇA WAIWAI	558
João Vitor Cardoso e Luiz Guilherme Arcaro Conci	
O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E OS POVOS INDÍGENAS: A VISÃO DO DIREITO A PARTIR DOS CALEIDOSCÓPIOS E DOS MONÓCULOS	577
Lucas Silva de Souza, Valéria Ribas do Nascimento e Isadora Forgiarini Balem	

OUTROS ARTIGOS..... 600

**BUILDING TRUST IN COLLABORATIVE PROCESS OF VILLAGE FUND POLICY IMPLEMENTATION (A
CASE STUDY AT LUWUK DISTRICT OF BANGGAI REGENCY) 602**

Rahmawati halim

La revisión judicial en democracias defectuosas*

Revisão judicial em democracias defeituosas

Roberto Gargarella**

Resumo

Este artículo presenta propuestas de acciones judiciales favorables al diálogo constitucional y democrático, a fin de adaptarlas al contexto de democracias defectuosas. La práctica judicial goza de una posición institucional que permite la reparación de varias fallas democráticas graves, componentes típicos de contextos de deslegitimación de la democracia constitucional. Se argumenta que, a partir de las intervenciones dirigidas a la implementación y el refuerzo de la democracia deliberativa, con miras a la inclusión de las minorías desfavorecidas, los jueces trabajarán en la reconstrucción del carácter democrático y la restauración del sistema.

Palavras-chave: Diálogo democrático. Democracia deliberativa. Democracia defectuosa. Diálogo constitucional. Revisión judicial.

Abstract

This article presents proposals for judicial actions favorable to constitutional and democratic dialogue, in order to adapt them to the context of defective democracies. The judicial practice enjoys an institutional position that allows the repair of several serious democratic failures, typical components of contexts of delegitimization of constitutional democracy. It is argued that, based on interventions aimed at the implementation and strengthening of deliberative democracy, with means to include disadvantaged minorities, judges will work on the reconstruction of the democratic character and the restoration of the system.

Keywords: Democratic dialogue. Deliberative democracy. Defective democracy. Constitutional dialogue. Judicial review.

1 Introdução y conceptos centrales

En este escrito, propondré una revisión de algunas teorías tradicionales (procedimentalistas) sobre el control judicial de constitucionalidad, tomando en cuenta, por un lado, una concepción normativa informada por el ideal del “diálogo constitucional”, y por otro, el contexto propio de “democracias defectuosas” que parece distintivo de muchos de nuestros países (aunque me concentraré, en lo que sigue, fundamentalmente en casos provenientes de América Latina).

* Autor convidado/ Guest editor

** Professor de Direito Constitucional da Universidade de Buenos Aires - UBA e da Universidade Torcuato di Tella. Doutor em Direito pela Universidade de Buenos Aires e pela Universidade de Chicago. Pós-Doutor na Balliol College da Universidade de Oxford. Advogado e Sociólogo. Email: robert@utdt.edu

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 Constitución¹. 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, 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 afectados². 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. 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 mismo³. 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).

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. Caracterizaré a las “democracias defectuosas” a partir de rasgos como los siguientes:

Desigualdad: En primer lugar, consideraré que la idea de “democracias defectuosas” nos refiere a una situación muy propia de una mayoría de países de América Latina, marcados por profundas desigualdades. En los hechos, América Latina se convirtió -y se mantiene desde el momento de la independencia al menos- 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.⁴ Tales desigualdades tienden a manifestarse en todas las esferas de la sociedad, generando problemas de opresión económica, subordinación social, y exclusión política.

“Disonancia democrática”: En segundo lugar, diría que en las “democracias defectuosas” tendemos a encontrar fuertes tensiones entre las altas expectativas y demandas (democráticas) de la ciudadanía (que en América Latina 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. Según asumo, el sistema institucional predominante en América Latina 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

¹ De modo similar, BAKKER, B. Blogs as Constitutional Dialogue: Rethinking the Dialogic Promise. *New York University Annual Survey of American Law*, v. 63, 2008, 215, 216, 2008; también, DOR, G. ‘Constitutional Dialogues in Action: Canadian and Israeli Experiences in Comparative Perspective. *Indiana International & Comparative Law Review*, v. 11, n.1, 2000, p.17-18.

² HABERMAS, J. *Between Facts and Norms*. Cambridge: The MIT Press, 1998; ELSTER, J. The Market and the Forum: Three Varieties of Political Theory. In: ELSTER, J. *The Foundations of Social Choice Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986; NINO, C. Hyperpresidentialism and Constitutional Reform in Argentina. In: LIPHART, A.; WAISMAN, C. (Eds.) *Institutional Design in New Democracies*. New York: Westview Press, 1996.

³ NINO, C. *The Ethics of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1991.

⁴ 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, T. *The vicious cycle of inequality in Latin America*. Working Paper, 2002. Disponible en: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.565.1033&rep=rep1&type=pdf>>. Acceso en: 11 jul. 2019).

establecer (lo que Unger caracterizó como) una “hipertrofia de prácticas y acuerdos contra-mayoritarios”⁵.

Concentración de poderes e hiper-presidencialismo: Un tercer elemento que consideraré distintivo de las “democracias defectuosas” es la concentración de los poderes (económicos y políticos) en América Latina. En particular, asumiré que los sistemas hiper-presidencialistas se han convertido, en tales contextos, en la expresión principal de las desigualdades políticas existentes dentro del sistema institucional⁶. La concentración de poderes políticos ha contribuido a generar, en América Latina, una larga historia de inestabilidad política y golpes de estado.⁷ Además, el recurso frecuente a las figuras del estado de sitio; el estado de emergencia; el estado de excepción; la intervención federal; etc., ha implicado en la práctica graves violaciones de derechos civiles y libertades políticas; y ayudado también a la gradual erosión de todo el esquema de división de poderes.

Los derechos sociales y el problema de la “sala de máquinas de la Constitución”: En cuarto lugar, diré que las “democracias defectuosas” se caracterizan por la mala gestión –sino por la sistemática violación– de derechos sociales, económicos y culturales. En América Latina, las graves desigualdades y las masivas violaciones de derechos fundamentales parecen datos recurrentes que, por lo demás, se acompañan con un dato adicional muy notable: se trata del continente pionero en la introducción de derechos sociales en sus Constituciones, y también el contexto en donde es mayor el número de derechos constitucionales incorporados en la Constitución. En escritos anteriores, vinculé tales problemas al hecho es que, desde principios del siglo XX, los latinoamericanos introdujeron cambios drásticos en su organización de derechos, pero ellos no cambiaron su organización de poderes de modo acorde. Como resultado de ello, las Constituciones latinoamericanas exhiben, aún hoy, declaraciones de derechos muy “progresistas” y, al mismo tiempo, organizaciones de poderes muy anticuadas, que todavía se caracterizan por una concentración acentuada de poderes –un problema al que denominé “el problema de la sala de máquinas” de las nuevas Constituciones. Según sostuve, 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 político⁸.

Perfeccionismo moral: En quinto lugar, diré que las “democracias defectuosas” se caracterizan por recurrentes expresiones de “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. 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.

⁵ UNGER, R. *What Should Legal Analysis Become?* New York: Verso, 1996, p. 72, 198.

⁶ NINO, C. Hyperpresidentialism and Constitutional Reform in Argentina. In: LIPHART, A.; WAISMAN, C. (Edits.) *Institutional Design in New Democracies*. New York: Westview Press, 1996.

⁷ 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 hiper-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., SHUGART, M.; CAREY, J. *Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992). Discutiendo algunos de estos textos, ver, por ejemplo, ALEGRE, M. *Democracia sin presidentes. SELA (Seminaro en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Paper*, 2009.

⁸ GARGARELLA, R. *The Legal Foundations of Inequality*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010; GARGARELLA, R. *Latin American Constitutionalism*. Oxford. Oxford University Press, 2013.

Violencia política y social: Finalmente, consideraré que un sexto rasgo distintivo de las “democracias defectuosas” es el que tiene que ver con los altos niveles de violencia existente. En América Latina, 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 desde la época de la independencia, cuando fuerzas políticas opuestas disputaron sobre cómo reorganizar las nuevas sociedades, en un marco dominado por la desigualdad. Junto con esa violencia política organizada, aludiría también a la tradición de protesta social que recorre la región, desde hace siglos, como expresión de las insatisfacciones sociales existentes, y la falta de canales políticos o judiciales, capaces de remediar o dar respuesta a tales problemas. De modo adicional, y en una nota diferente, haría referencia a la violencia social existente en la región, que 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).

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

En contextos como el citado: qué misión podrían asumir los jueces, tratando, por un lado, de honrar los ideales del diálogo constitucional; y siendo muy conscientes, por otro lado, de las graves falencias que son propias de las democracias en las que deben actuar?⁹

La posible contribución del poder judicial al diálogo colectivo y democrático se deriva principalmente de su peculiar posición institucional.¹⁰ 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.¹¹

Permítanme describir brevemente algunas de las tareas que los jueces podrían asumir para favorecer los valores del constitucionalismo dialógico. Al hacerlo, asumiré que debemos repensar el papel constitucional

⁹ En lo que sigue, sugeriré una serie de tareas que podrían caracterizar a un ejercicio justificado del control judicial, pero llamando la atención, en todo caso, y de modo preliminar, sobre el siguiente hecho: teniendo en cuenta los amplísimos poderes institucionales típicamente asignados a los altos cargos judiciales, parece irrazonable pensar que los jueces se limitarán a actuar en los modos en que podría sugerir una teoría dialógica. Más aún, podríamos predecir que los jueces no se apegarán a un enfoque dialógico (o similares), aunque tal vez –y ésta es nuestra expectativa– estén abiertos a adoptarlo ocasionalmente, probablemente como resultado de un cálculo autointeresado (por ejemplo, como una forma de recuperar legitimidad).

¹⁰ 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, D. *Democratic theory and global society. The Journal of Political Philosophy*, [S.l.], v. 7, n. 2, 1999. p. 112).

¹¹ 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, S. *Engaging the paradoxes of the universal and particular in human rights adjudication. The possibilities and pitfalls of ‘meaningful engagement’*. *African Human Rights Law Journal*, [S.l.], v. 12, 2012, pp. 11).

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”¹². 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. Conforme se verá, mi análisis implica fundamentalmente una revisión importante del “enfoque procedimental” de la revisión judicial propuesto por John Ely, de modo tal de ajustarlo a los requerimientos del “constitucionalismo dialógico en el contexto de constituciones defectuosas”¹³. El análisis de Ely representó, en su momento, una respuesta adecuada –en mi opinión- frente a la “dificultad democrática” generada por la revisión judicial. Sin embargo –y probablemente en razón del momento en que se originó- ella no resultó suficientemente sensible a las exigencias del diálogo democrático o a las severas imperfecciones expresadas por nuestros sistemas democráticos.¹⁴ Por tanto, mi interés será el de ajustar dicha visión a las exigencias de nuestro tiempo.

3 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*)¹⁵, 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

¹² SUNSTEIN, C. The Anticaste Principle. *Michigan Law Review*, [S.l.], v. 92, n. 8, 1994. p. 36. Disponible en: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=12206&context=journal_articles. Acceso en: 11 jul. 2019.

¹³ ELY, J. *Democracy and distrust*. Cambridge: Cambridge University Press, 1981.

¹⁴ La visión de John Ely sobre el control judicial tuvo como apoyo la famosa “nota al pie número 4” del caso *United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144 (1938). Esa nota al pie puede ser considerada, en palabras de David Strauss, “el primer, sino el único intento, por parte de la Corte Suprema, de definir cuándo es que las normas deben declararse inconstitucionales (Disponible en: <https://www.newyorker.com/news/news-desk/ruth-bader-ginsburg-and-footnote-four>. Acceso en: 11 jul. 2019). Fundamentalmente, y de acuerdo a John Ely, dicho enfoque de la Corte requiere abandonar la presunción de constitucionalidad de que gozan las normas en casos en que los representantes buscan “restringir los canales del cambio político,” o toman medidas destinadas a afectar el status de minorías en sentido estricto (“discrete and insular” en el lenguaje de la Corte). En sus términos, los jueces podían invalidar una norma cuando: “[T]he ins are choking off the channels of political change to ensure that they will stay in and the outs will stay out, or (2) though no one is actually denied a voice or a vote, representatives beholden to an effective majority are systematically disadvantaging some minority out of simple hostility or a prejudiced refusal to recognize commonalities of interest, and thereby denying that minority the protection afforded other groups by a representative system.” (ELY, J. *Democracy and distrust*. Cambridge: Cambridge University Press, 1981. p. 103).

¹⁵ FISS, O. *The civil rights injunction*. Bloomington: Indiana University Press, 1978.

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 injunctions*. 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 décadas¹⁶. 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 enfrentarlos¹⁷. 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.

¹⁶ CEPEDA, M. *How far may Colombia's Constitutional Court go to protect IDP rights?* 2005. Disponible en: <https://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/en/brookings/cepedaespinosa.pdf>. Acceso en: 11 jul. 2019.

¹⁷ WALDRON, J. *Judicial review and political legitimacy*. Manuscript on file with the author, 2017.

4 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 democracia¹⁸. 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”¹⁹. 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 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

¹⁸ En este sentido, también, SUNSTEIN, C. The Anticaste Principle. *Michigan Law Review*, v. 92, n. 8, 1994. Disponible en: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=12206&context=journal_articles. Acceso en: 11 jul. 2019.

¹⁹ SCOTT, C.; MACKLEM, P. Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees? Social Rights in a New South African Constitution. *University of Pennsylvania Law Review*, [S.l.], v. 141, n. 1, 1992. p. 130.

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 Representantes²⁰. 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*).

5 Inclusión: ampliando el diálogo político

En continuación directa con el punto anterior (éste podría ser tomado como una mera extensión de aquél), agregaría que los jueces deben contribuir al diálogo colectivo tratando 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 seguridad²¹. 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.²²

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.²³

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 imparciali-

²⁰ GARCÍA JARAMILLO, L. Recepción de postulados deliberativistas en la jurisprudencia constitucional. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, [S.l.], v. 10, 2008. Disponible en: http://www.utdt.edu//ver_contenido.php?id_contenido=2450&id_item_menu=3555. Acceso en: 11 jul. 2019.

²¹ CHENWI, L. Democratizing the socio-economic rights enforcement process. In: ALVIAR GARCÍA, H.; KLARE, K.; WILLIAMS, L. *Social and economic rights in theory and practice*. London: Routledge, 2015, pp. 185; LIEBENBERG, S. Engaging the paradoxes of the universal and particular in human rights adjudication. The possibilities and pitfalls of ‘meaningful engagement’. *African Human Rights Law Journal*, v. 12, 2012, p. 14; LIEBENBERG, S. Toward an equality-promoting interpretation interpretation of socio-economic rights in South Africa. Insights from the egalitarian liberal tradition. *The South African Law Journal*, [S.l.], v. 132, part. 2, 2015 pp. 411-437).

²² Disponible en: www.saflii.org/za/cases/ZACC/2008/1.html. Acceso en: 11 jul. 2019.

²³ 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.

dad; 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.²⁴

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.²⁵

Criterios como los anteriores, por lo demás, deberían llevar a los jueces a asumir una actitud opuesta a la que han tomado habitualmente, en los casos relacionados con la protesta social. Ello así, teniendo en cuenta que 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.²⁶

²⁴ *Doctors for Life International v. The President of the National Assembly and others*, CCT 12/05, 17 de agosto de 2006.

²⁵ 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”.

²⁶ 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”. 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

6 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” –no sólo, como sugiriera John Ely a partir de la famosa nota al pie 4 de *Carolene Products*, para “mantener abiertos los canales del cambio político”- 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.²⁷

En términos comparativos, podemos encontrar numerosos ejemplos de tribunales que han cumplido –al

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, agregé 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 “.

²⁷ 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.

menos ocasionalmente- con su función de control (su *accountability function*), en el contexto de las nuevas democracias²⁸. Sin embargo, lamentablemente, los tribunales tienden a ser las primeras víctimas institucionales en los sistemas definidos por la presencia de presidentes hiper-poderosos. De allí la importancia y los límites que parecen ser propios de una tarea como la descripta.

7 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. Esto implica, otra vez, que los jueces no sólo se ocupen de resguardar los derechos básicos de las *discrete and insular minorities* de las que hablaba John Ely, a partir del caso *Carolene Products*, sino que trabajen para preservar a una *mayoría* de desaventajados como agentes o actores activos de la vida democrática de sus comunidad²⁹.

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 *Treatment Action Campaign* (TAC), en medio de una epidemia de VIH / SIDA con más de 6 millones personas infectadas.³⁰ 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

²⁸ GLOPPEN, S. *et al* (ed.). *Democratization and the judiciary: the accountability function of courts in new democracies*. London: Frank Cass, 2003.

²⁹ V. ACKERMAN, B. Beyond Carolene Products. *Harvard Law Review*, [S.l.], v. 8, 1985. p. 713.

³⁰ *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).

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.

Por lo demás, 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”³¹. En esta línea, diría 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 injunctions*), y explicó cómo podrían ayudar a abordar y eventualmente desafiar o superar situaciones históricas de injusta desigualdad.³²

8 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. De este modo, otra vez, este enfoque se separa del enfoque procedimental que fuera propuesto en su momento por John Ely. Aquí, ciertas decisiones políticas –las decisiones perfeccionistas– pueden considerarse, en principio, inválidas, aún cuando ellas se hayan llevado adelante en respeto de todas las exigencias procedimentales básicas, y más allá de que ellas terminen afectando, o no, a las minorías *discrete and insular*.

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

³¹ SUNSTEIN, C. The Anticaste Principle. *Michigan Law Review*, [S.l.], v. 92, n. 8, 1994. p. 2411, 2412. Disponible en: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=12206&context=journl_articles. Acceso en: 11 jul. 2019.

³² 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, R. Courts and Social Transformation in India. In: GARGARELLA, R. DOMINGO, P.; ROUX, T. (ed.). *Courts and social transformation in new democracies*. Aldershot: Ashgate, 2006. p. 159). 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. Ver también, por ejemplo, el caso, *People's Union for Civil Liberties v. Union of India*.

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.

9 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. Dedicué una buena parte del escrito a presentar algunos rasgos distintivos de esos sistemas imperfectos, a los que describí como “democracias defectuosas”. Frente a las dificultades examinadas, propias de “democracias defectuosas”, 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.

Bibliografía

- ALEGRE, M. *Democracia sin presidentes*: SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Paper, 2009.
- ACKERMAN, B. Beyond carolene products. *Harvard Law Review*, [S.l.], v. 8, 1985.
- BAKKER, B. Blogs as Constitutional Dialogue: Rethinking the Dialogic Promise. *New York University Annual Survey of American Law*, [S.l.], v. 63, 2008.
- BERGALLO, P. El género en el constitucionalismo latinoamericano contemporáneo. Tendencias y desafíos desde una perspectiva feminista. Buenos Aires: ILADD, mimeo, 2013.
- BERGALLO, P.; JARAMILLO SIERRA, I.; VAGGIONE, J. (ed.). *El aborto en América Latina*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2018.
- CEPEDA, M. How far may Colombia’s Constitutional Court go to protect IDP rights? 2005. Disponible en: <https://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/en/brookings/cepedaespinosa.pdf>. Acces-

so en: 11 jul. 2019.

CHENWI, L. Democratizing the socio-economic rights enforcement process. *In: ALVIAR GARCÍA, H.; KLARE, K.; WILLIAMS, L. Social and economic rights in theory and practice. London: Routledge, 2015. p. 178-197.*

CROZIER, M.; HUNTINGTON, S.; WATANUKI, J. The crisis of democracy: report on the governability of democracies to the trilateral commission paperback. New York: New York University Press, 1975.

DAHL, R. A preface to democratic theory, Chicago: The University of Chicago Press, 1956.

DAHL, R. How democratic is the american constitution?. Conn.: Yale University Press, 2003.

DIXON, R. Creating Dialogue About Socioeconomic Rights: Strong-Form versus Weak-Form Judicial Review Revisited. *I.Con. [S.l.], v. 5, n. 3, p. 391-418, 2007.*

DOR, G. Constitutional dialogues in action: canadian and israeli experiences in comparative perspective. *Indiana International & Comparative Law Review, [S.l.], v. 11, n. 1, 2000.*

DYZENHAUS, D. Hard cases in wicked legal systems. Oxford: Oxford University Press, 2010.

ELSTER, J. The market and the forum: three varieties of political theory. *In: ELSTER, J. The foundations of social choice theory. Cambridge: Cambridge University Press, 1986.*

ELY, J. Democracy and distrust. Cambridge: Harvard University Press, 1981.

FISS, O. The civil rights injunction. Bloomington: Indiana University Press, 1978.

FISS, O. The law as it could be. New York: NYU Press, 2003.

FRIEDMAN, B. Dialogue and judicial review. *Mich. L. Rev., [S.l.], v. 91, 1993.*

GARCÍA JARAMILLO, L. Recepción de postulados deliberativistas en la jurisprudencia constitucional. *Revista Argentina de Teoría Jurídica, [S.l.], v. 10, 2008. Disponible en: http://www.utdt.edu//ver_contenido.php?id_contenido=2450&id_item_menu=3555. Acceso en: 11 jul. 2019.*

GARGARELLA, R. The legal foundations of inequality. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

GARGARELLA, R. Latin american constitutionalism. Oxford: Oxford University Press, 2013.

GARGARELLA, R.; ÁLVAREZ UGARTE, R. Freedom of expression and the right to protest. *In: BERTOMEU, J.; GARGARELLA, R. The latin american casebook. Londres: Ashgate, 2016.*

GLOPPEN, S. *et al* (ed.). *Democratization and the judiciary: the accountability function of courts in new democracies. London: Frank Cass, 2003.*

HABERMAS, J. *Between facts and norms. Cambridge: The MIT Press, 1998.*

HELMKE, G. *Courts under constraints. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.*

HOGG, P.; BUSHELL, A. The charter dialogue between courts and legislatures. *Osgoode Hall L. J. [S.l.], v. 35, 1997.*

HOGG, P.; BUSHELL, A.; WRIGHT, W. Charter Dialogue Revisited, -Or much ado about metaphors. *Osgoode Hall L. J., [S.l.], v. 45, n. 1, 2007.*

KARL, T. *The vicious cycle of inequality in Latin America. Working Paper, 2002. Disponible en: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.565.1033&rep=rep1&type=pdf>. Acceso en: 11 jul. 2019.*

LIEBENBERG, S. Engaging the paradoxes of the universal and particular in human rights adjudication. The possibilities and pitfalls of 'meaningful engagement'. *African Human Rights Law Journal, [S.l.], v. 12, p. 1-29, 2012.*

- LIEBENBERG, S. Toward an equality-promoting interpretation interpretation of socio-economic rights in South Africa: insights from the egalitarian liberal tradition. *The South African Law Journal*, [S.l.], v. 132, part. 2, p. 411-437, 2015.
- LINZ, J.; STEPAN, A. *The breakdown of democratic regimes*. Baltimore: The John Hopkins University Press, 1978.
- LINZ, J.; Valenzuela, A. *The Failure of Presidential Democracy*. Baltimore: The John Hopkins University Press, 1994.
- MAINWARING, S. *Democratic survivability in Latin America*. [S.l.]: Kellogg Institute, Working Paper, 1999. p. 9-11. Disponible en: https://kellogg.nd.edu/sites/default/files/old_files/documents/267.pdf. Acceso en: 11 jul. 2019.
- MANSBRIDGE, J. *Deliberation everywhere*: manuscrito no publicado, presentado para la IVR Conference, Granada, España, 2005. p. 1-2.
- NINO, C. *The ethics of human rights*, Oxford: Oxford University Press, 1991.
- NINO, C. Hyperpresidentialism and constitutional reform in Argentina. In: LIPHART, A.; WAISMAN, C. (ed.) *Institutional design in new democracies*. New York: Westview Press, 1996.
- RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. La Corte y la paz minimalista. *El Espectador*, [S.l.], 2017. Disponible en: <https://www.elespectador.com/opinion/la-corte-y-la-paz-minimalista-columna-695478>. Acceso en: 11 jul. 2019.
- SALAZAR, D. *My power in the constitution: the perversion of the rule of law in Ecuador*. SELA, Yale University, 2015. Disponible en: https://www.law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/SELA15_Salazar_CV_Eng.pdf. Acceso en: 11 jul. 2019.
- SCHUMPETER, J. *Capitalism, socialism and democracy*. London: Harper Classics, 2008.
- SCOTT, C.; MACKLEM, P. Constitutional ropes of sand or justiciable guarantees?: social rights in a new South African Constitution. *University of Pennsylvania Law Review*, [S.l.], v. 141, n. 1, p. 1-148, 1992.
- SCOTT, M. Picketing under the first amendment. *The Hastings Law Journal*, [S.l.], 1, v. 26, 1974.
- SHUGART, M.; CAREY, J. *Presidents and assemblies: constitutional design and electoral dynamics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.
- SUDARSHAN, R. Courts and Social Transformation in India. In: GARGARELLA, R. DOMINGO, P.; ROUX, T. (ed.). *Courts and social transformation in new democracies*. Aldershot: Ashgate, 2006.
- SUNSTEIN, C. Interest groups in american public law. *Stanford Law Review*, [S.l.], v. 38, n. 1, 1985.
- SUNSTEIN, C. The Anticaste principle. *Michigan Law Review*, [S.l.], v. 92, n. 8, 1994. Disponible en: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=12206&context=journal_articles. Acceso en: 11 jul. 2019.
- SUNSTEIN, C. *One case at a time*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.
- SUNSTEIN, C. Lessons from the American Founding. In: SUNSTEIN, C. (ed.). *Can it happen here?: authoritarianism in America*. New York: Harper Collins, 2018. p. 57-80.
- THOMPSON, D. Democratic theory and global society. *The Journal of Political Philosophy*, [S.l.], v. 7, n. 2, 1999.
- TUSHNET, M. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.
- TUSHNET, M. Non-Judicial Review. *Harvard Journal on Legislation*, [S.l.], v. 53, 2003.

- UNGER, R. *What Should Legal Analysis Become?*. New York: Verso, 1996.
- VAN REYBROUCK, D. *Against elections: the case for democracy*. London: Bodley Head, 2016.
- WALDRON, J. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- WALDRON, J. *Judicial Review and political legitimacy: manuscript on file with the author*, 2017.
- YOUNG, I. *Inclusion and democracy*. New York: Oxford Press, 2000.
- YRIGOYEN FAJARDO, R. *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización,* In: GARAVITO, C. *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.