

Roberto Gargarella*

La revisión judicial
**para las democracias
Latinoamericanas**

* Doctor en derecho por la UBA (1991) y por la Universidad de Chicago (1993), becario Guggenheim, autor de *The legal foundations of inequality: Constitutionalism in the Americas, 1176-1860*, Nueva York, Cambridge University Press, 2010, y de *Latin American Constitutionalism 1810-2010, The engine room of the constitution*, Oxford University Press, 2013.

Traducción: Joy Monserrat Ochoa Martínez.

En obras anteriores, he abogado por un enfoque dialógico del constitucionalismo y, particularmente, de la revisión judicial.¹ Aquí, quiero continuar desarrollando esa visión, de un modo que sea sensible a consideraciones contextuales, asumiendo que el constitucionalismo en general, y la revisión judicial en particular, necesitan ajustarse para que respondan a las necesidades e ideales de un momento y lugar particulares.

Permítanme ofrecer algunos ejemplos de enfoques (teóricamente orientados, pero también) contextualmente ajustados al Derecho Constitucional. Por ejemplo: hacia el fin del siglo XVIII, James Madison sugirió que el principal propósito del constitucionalismo era "romper y controlar la violencia de la facción" (*Federalist Papers* n. 10), y consecuentemente propuso moldear la nueva Constitución en sintonía con ese fin. A mediados del siglo XIX, el académico latinoamericano Juan Bautista Alberdi propuso organizar a la Constitución para confrontar el atraso económico (la Constitución que propuso para Argentina, en 1852,

¹ Gargarella, Roberto, "Scope and Limits of Dialogic Constitutionalism," en Bustamante, Thomas y Gonçalves, Bernardo (eds.), *Democratizing Constitutional Law*, Suiza, Springer, 2016, pp. 119-147, y Gargarella, Roberto "Why do we care about dialogue," en Young, Katharine (ed.), *The Future of Social and Economic Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, pp. 212-232.

promovió las libertades civiles más que las políticas). A principios del siglo XX, los revolucionarios mexicanos propusieron una nueva Constitución que estaba principalmente dedicada a atender "la cuestión social" (la Constitución "revolucionaria" de 1917). Aparentemente, a finales del siglo XX, muchos otros sugirieron la inclusión de distintos derechos humanos en sus Constituciones, para sobreponerse a una década de violaciones masivas a derechos humanos. Sostengo que en nuestro tiempo, una tarea central del constitucionalismo, y también una misión importante para los jueces, debe ser confrontar las dificultades sociales e institucionales que se deriven de décadas de desigualdad generalizada. Las desigualdades en las que estoy pensando son aquellas que erosionan los fundamentos de nuestra vida en común y que transforman a nuestras democracias en sistemas políticos muy imperfectos—desigualdades que van desde un acceso desigual a posiciones políticas hasta la opresión económica.

Para esta visión, los funcionarios públicos, en general, y los magistrados, en particular, deberían afrontar los principales problemas generados por la desigualdad, lo cual parece ser una tarea tanto extremadamente importante como difícil. De hecho, de esta forma estaríamos exigiendo que los funcionarios públicos reparen el mismo barco que utilizan, mientras están navegando, y también les estaríamos solicitando que ayuden a vencer injusticias sociales de las cuales muchos de ellos en realidad se aprovechan.

A pesar de estos graves obstáculos prácticos (me referiré a ellos más adelante), quiero concentrar mi atención en las consecuencias del "drama de nuestro tiempo" —como he sugerido, las desigualdades

generalizadas— las cuales deberían ser atendidas utilizando todas nuestras energías constitucionales. En particular, quiero concentrar mi atención en dos dificultades generadas por las desigualdades generalizadas, que son las siguientes: i) problemas que afectan la división de poderes y la estructura de controles; y ii) problemas que socavan el valor del debate público y/o impiden que ciertas voces tomen parte en él. Permítanme darles unos detalles adicionales acerca de estas dos tareas judiciales primordiales.

- i) Primero, pensaré acerca de la forma en la que las exclusiones sociales y la concentración de los poderes económicos y políticos han gradualmente dañado las democracias constitucionales contemporáneas, particularmente en lo que concierne a la división de poderes y al sistema de frenos y contrapesos. Mi sugerencia sería que los funcionarios públicos, en general, y los jueces, en particular, deberían hacer un esfuerzo particular dirigido a contrarrestar las tendencias que están minando el valor de nuestra organización democrática y constitucional. Nótese que algunas teorías influyentes acerca de la revisión judicial, tal como el enfoque procedimental propuesto por John Ely, ya han sugerido —en armonía con la misión descrita por la Suprema Corte de Estados Unidos en el famoso pie de página 4 del caso *Productos Carolene*— que los jueces deberían dedicar una parte central de sus esfuerzos en resguardar las "reglas del juego (democrático)". En cierto modo, lo que estoy sugiriendo aquí es que los jueces deberían cumplir esa misión estando particularmente atentos a las deficiencias que ya han

dañado a la organización de poderes en nuestros sistemas democráticos deficientes y continúan socavando su adecuado funcionamiento.

- ii) En segundo lugar, pensaré la forma en la que los debates políticos (por ejemplo, dentro del Congreso) tienden a ser capturados por grupos de interés, evitando así que los representantes políticos aborden y resuelvan imparcialmente los problemas que afectan al bien común. Adicionalmente, tomaré en consideración otras dificultades que han minado el valor de nuestros debates públicos, típicamente como resultado de la exclusión sistémica de ciertas voces en esos debates. Recordemos, otra vez, el enfoque del "reforzamiento representativo" de John Ely de la revisión judicial, el cual requiere que los jueces mantengan abiertos los "canales" de la competencia política y también les exige que brinden una protección especial para las "minorías separadas y aisladas". El enfoque que recomiendo aquí sugiere que los jueces deberían desarrollar esas tareas estando particularmente atentos no solo a los requisitos de una democracia deliberativa, sino también a las faltas particulares que han llegado a caracterizar nuestros deficientes sistemas deliberativos.

En suma —mantendré— que los jueces deberían honrar las tareas que les son encomendadas en una democracia deliberativa y también —y por esa misma razón— prestar atención particular a los problemas que

han estado seriamente minando el carácter deliberativo e inclusivo del sistema institucional.

Necesario, posible pero poco probable

Antes de proceder con el análisis de cómo debería ejercerse la revisión judicial en nuestras democracias deliberativas deficientes, permítanme insistir con esta nota aclaratoria y de advertencia: reconozco que los jueces no solo carecen de los incentivos necesarios para comprometerse en un ejercicio dialógico, sino que también encuentran más límites que oportunidades para actuar de manera conversacional. Podrían optar por decidir de conformidad con lo que exige la teoría dialógica, o no, pero nada en el sistema institucional los induce a tomar sus propias decisiones de conformidad con los principios y métodos que una teoría deliberativa demandaría. Para empezar, la función de los jueces no está bien definida y el alcance y límites de su misión sigue siendo poco claro. Cuando decimos que los jueces tienen que "proteger la Constitución", decimos, por un lado, demasiado poco, porque los jueces necesitan instrucciones mucho más específicas, pero también decimos demasiado, porque la Constitución potencialmente abarca todos los asuntos públicos relevantes. Las cosas se vuelven más complicadas cuando nos damos cuenta que no tenemos (y no tendremos) formulas interpretativas ampliamente compartidas. Por el contrario, hay respuestas interpretativas y teorías interpretativas de todos los tipos, lo que puede permitirles a los jueces decidir de una forma o de su contraria, y siempre hacerlo invocando el apoyo de la ley. La pregunta es entonces: ¿Por qué los jueces se atarían sus manos e inter- vendrían solo en un limitado rango de casos y decidirían de manera

"limitada y superficial" (digamos, de acuerdo con los requisitos de una teoría dialógica)?² ¿Por qué lo harían si simplemente pueden hacer lo opuesto (decidir sobre todo de manera "amplia y profunda")? ¿Por qué adoptarían el camino de la auto-restricción si, al adoptar el camino opuesto, podrían expandir sus propios poderes o aumentar sus habilidades para "amenazar" a las autoridades políticas?³

Quizás, en un tiempo en el cual muchos de sus colegas —en otros tribunales, locales e internacionales— deciden explorar estrategias dialógicas (o de otro tipo), los jueces pueden encontrar motivaciones para imitar y seguir lo que sus pares hacen, como para compartir el prestigio que viene adjunto a este u otro comportamiento. En cierto punto en el tiempo, puede estar a la moda comportarse de una manera u otra. También, en un momento en el que las instituciones judiciales y políticas son vistas como parte de una élite distante, los funcionarios públicos pueden encontrar atractivo buscar alternativas que les permitan recuperar parte del respeto público perdido. En ciertos contextos, las alternativas dialógicas se vuelven populares, entre jueces, como una estrategia para recuperar la legitimidad popular y la consideración que perdieron en el camino. Sin embargo, también puede pasar, por ejemplo, que los jueces entablen una relación dialógica con los poderes políticos (p.ej. al solicitar al Congreso que asuma o vuelva a asumir

² Sunstein, Cass, "Social and Economic Rights? Lessons from South Africa," *Chicago Unbound*, University of Chicago Law School, 2001.

³ Para un planteamiento similar véase Strauss 2018, preguntándose si puede "confiarse" en que los "jueces" van a reconocer sus límites en este aspecto. Strauss, David, "Law and the Slow-Motion Emergency," en Sunstein, Cass (ed.), *Can it happen here? Authoritarianism in America*, Nueva York, Library of Congress, 2018.

algunas tareas), pero principalmente como una forma de eludir algunas responsabilidades o evitar la adopción de ciertas decisiones políticamente costosas.

Los jueces no quieren incurrir en costos de reputación, tampoco quieren pagar costos políticos (perder la legitimidad que necesitan para estabilizar las decisiones que producen) y —más significativamente— tienden a temer las sanciones formales e informales que vienen de los poderes políticos. Todos estos elementos motivacionales son importantes para entender su comportamiento o predecir sus reacciones pero, una vez más, ninguno de éstos sugiere que se comprometerán de manera consistente en el ejercicio conversacional deseado. En el contexto de los sistemas institucionales débiles, los jueces pueden tender a actuar con mayor prudencia hacia el gobierno actual (y de manera más agresiva hacia la coalición que dejó el poder) pero eso no dice mucho acerca de su motivación para comprometerse en una conversación cooperativa con los poderes políticos.⁴

En suma, comprendo que puede parecer poco razonable pensar que los jueces se limitarán a actuar en las formas exigidas por, digamos, una teoría dialógica, o que renuncien a actuar en formas más expansivas y no conversacionales, cuando ellos quieran o lo estimaran necesario: no son irracionales. Al final, y tomando en cuenta los poderes institucionales típicamente asignados a las altas posiciones judiciales, podríamos predecir que los jueces no se apegarán a un enfoque dialógico o

⁴ Helmke, Gretchen, *Courts under Constraints: Judges, Generals and Presidents in Argentina*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

similar, aunque sí pueden estar abiertos a adoptarlo ocasionalmente, probablemente por conveniencia o como resultado de un cálculo de interés propio (p. ej., como una forma de recuperar la legitimidad).

La revisión judicial en democracias deliberativas deficientes

En lo que sigue, permítanme comenzar por examinar, con cierto detalle, las tareas particulares que podrían reservarse a los jueces —jueces que están motivados a decidir en maneras que honren sus deberes constitucionales y democráticos— en el contexto de nuestras democracias deliberativas deficientes. La lista de las tareas judiciales que presentaré no es exhaustiva, y se refiere a acciones que pueden ser finalmente exigidas a las distintas ramas de poderes, de acuerdo con su posición institucional peculiar y credenciales democráticas. Solo me enfocaré en las posibles intervenciones del Poder Judicial y, cuando pueda, ilustraré mis afirmaciones con decisiones judiciales y opiniones doctrinales que nos ayudarán a reconocer que estamos hablando de un mundo judicial "factible".

I. Restaurar más que simplemente proteger, el sistema de "frenos y contrapesos"

a) Una presunción contra la concentración de poderes

Desde sus orígenes, muchos sistemas constitucionales latinoamericanos permitieron la concentración de la autoridad política en las manos de unos pocos y erigieron controvertidos sistemas híper-presidenciales.

Este hecho es consistente con lo que ha pasado en muchas otras regiones en el mundo, en los últimos años.⁵ De hecho, con la llegada al poder de líderes autoritarios, en Estados Unidos, Hungría, Polonia, Turquía, etc., numerosos autores comenzaron a llamar la atención acerca de los riesgos que representan las situaciones del "retroceso democrático".⁶ Esta concentración de poderes es en parte responsable de algunos de los peores males institucionales que afectan a la región. Para mencionar dos de los más importantes: el sistema de autoridad concentrada favoreció la inestabilidad política (y los golpes militares), los cuales generaron las más graves violaciones a derechos humanos durante el siglo XX y estas condiciones provocaron la gradual erosión de todo el sistema de "frenos y contrapesos".

Como he mencionado con anterioridad, el sistema de "frenos y contrapesos", que busca alinear el poder de las distintas ramas del gobier-

⁵ Algunos de los problemas en los que estoy pensando están estrechamente relacionados con el desarrollo de los llamados sistemas "hiper-presidencialistas", los cuales —de acuerdo con Carlos Nino— son típicos en países latinoamericanos. En Latinoamérica, el hiper-presidencialismo ha contribuido a generar graves dificultades (p.ej. inestabilidad política, restricción de derechos). Adicionalmente, la (extrema) concentración de poderes ha tendido a minar el funcionamiento del sistema entero de "frenos y contrapesos", el cual está basado en la existencia de un equilibrio relativo en los poderes de las distintas ramas de gobierno. Este tipo de problemas, como ya he sugerido, tiende a ser más común en países latinoamericanos, pero no son exclusivos de ellos. Por ejemplo, y en referencia al caso de Estados Unidos, los investigadores Tom Ginsburg y Aziz Huq, han sostenido que "el motor más formidable de erosión [de todo el sistema institucional] sería la presidencia, la cual a través del tiempo ha adquirido una plétora de poderes institucionales, políticos y retóricos más allá de la somera lista que enuncia el Artículo II de la Constitución". Ginsburg, Tom y Huq, Aziz, *How to Save a Constitutional Democracy*, Chicago, The University of Chicago Press, 2018, p. 141.

⁶ Ginsburg, Tom y Huq, Aziz, *How to Save a Constitutional Democracy*, Chicago, The University of Chicago Press, 2018; Levitsky, Steven y Ziblatt, Daniel, *How Democracies Die*, Nueva York, Crown, 2018; Sunstein, Cass (ed.), *Can it happen here? Authoritarianism in America*, Nueva York, Library of Congress, 2018; y Luo, Zhaotian y Przeworski, Adam, "Subversion by Stealth: Dynamics of Democratic Backsliding," 2019 [manuscrito en archivo con su autor].

no, parece ser lógicamente inconsistente con tener a alguno de esos poderes asignado con más poderes que el resto (a través de un hiper-presidente o un presidente autoritario). En esas condiciones, el esquema entero de controles se pone bajo amenaza, predeciblemente la rama más poderosa de gobierno comenzará a utilizar sus poderes de amenaza para aplastar la voluntad del resto e imponer su propia autoridad. Esta es la razón por la cual los jueces tienen que trabajar, no tanto o no solo por preservar el sistema de "frenos y contrapesos" o prevenir su deterioro —no simplemente, como lo dijo John Ely, siguiendo el famoso pie de página 4 "para mantener los canales del cambio político abiertos". Más que nada, deberían trabajar para la restauración del sistema.

La historia nos ha enseñado acerca de los tremendos riesgos que implica la concentración de poderes en la democracia y el constitucionalismo necesita estar configurado y reconfigurado con un ojo puesto en la historia. Entonces, en países que están profundamente dañados por los males del hiper-presidencialismo, los jueces deberían, sin lugar a dudas, trabajar contra sus peores consecuencias y, de manera más general, trabajar para prevenir la esperada y recurrente emergencia de tales riesgos. De manera similar, deberían estar alerta y reaccionar en contra de los intentos graduales del presidente para minar la estructura de controles democráticos. Quizás, deberían examinar con un "escrutinio estricto" o con una más alta presunción de invalidez aquellas acciones del Ejecutivo (o de aquellos que están en la cima del poder) que están encaminadas a expandir sus propios poderes de permanecer en el poder o desafiar lo que la ley estableció (p.ej. buscar la reelección más allá de los supuestos establecidos en la Constitución). Pensando

en Estados Unidos durante la era de Trump, el profesor David Strauss escribió que "si hay un riesgo significativo que las acciones de la administración reflejen un menoscabo sistemático de los valores democráticos liberales, entonces las cortes [tendrían que] resolver en una forma que limitara los poderes del presidente. Las cortes pueden tener [...] razones para pensar que existía el tipo de amenaza a las instituciones democráticas que justificaba que eligieran, entre las conclusiones legalmente plausibles, la que limitara al Poder Ejecutivo, independientemente si es podría de otra forma haber sido la mejor visión de la ley".⁷

Afortunadamente, podemos encontrar numerosos ejemplos de cortes que adecuadamente cumplen con su función de rendición de cuentas, en el contexto de las nuevas democracias (Gloppen et al 2003). Una iluminadora ilustración para este sujeto puede venir, otra vez, del caso de Colombia. De hecho, y desde su creación, la Corte Constitucional Colombiana sostuvo la inconstitucionalidad de muchas normas que indebidamente expandían el poder del Ejecutivo, al tiempo que logró restringir la autoridad del Presidente en muchas oportunidades diferentes y significativas.⁸ En particular, la Corte emitió muchas decisiones limitando la capacidad del Presidente de declarar "estados de sitio" o "estados de excepción". La Decisión C-004, 1992, fue la primera en

⁷ Strauss, David, *op. cit.*, p. 373 y Stone, Geoffrey, "It Can't Happen Here: The Lessons of History," en Sunstein, Cass (ed.), *Can it happen here? Authoritarianism in America*, Nueva York, Library of Congress, 2018, pp. 429-450. Quiero agradecer a Adam Przeworski por las iluminadoras discusiones sobre este punto.

⁸ Similarmente, pueden verse los casos relativos a la aplicación de la doctrina de las "estructuras básicas" en India, por la Suprema Corte, de cara con las medidas de emergencia que adoptó Indira Gandhi durante la década de 1970. Véase, por ejemplo, en Landau, David, "Abusive Constitutionalism," *UC Davis Law Review*, vol. 47, núm. 1, noviembre 2013, pp. 235-6.

controlar una declaración de un estado de emergencia. En 1994, la Corte fue unos pasos más allá e invalidó el decreto del Presidente Gaviria que establecía un estado de conmoción interior. Esta fue la primera vez en la historia de Colombia en la que una Corte Colombiana desautorizaba que un Presidente utilizara sus poderes de emergencia. La Corte repitió una decisión similar un año después. También, en la Decisión C-327, 2003, el tribunal limitó la posibilidad del Presidente de renovar un estado existente de conmoción interior y más adelante, invalidó la legislación que posibilitaba que el Presidente otorgara amnistías generales o indultos individuales durante un estado de excepción y reguló los casos en los que el Presidente podía declarar una emergencia. Decisiones de este tipo generaron repetidas tensiones entre la Corte y el poder político. De manera más significativa, en el 2005, la Corte aprobó una enmienda constitucional que autorizó la reelección del Presidente Álvaro Uribe, lo que no estaba permitido por la Constitución de 1991. Sin embargo, en el 2010, la Corte bloqueó la candidatura del Presidente Uribe para un tercer mandato al rechazar como inconstitucional un referéndum propuesto que les habría preguntado a los votantes si debería permitírsele buscar una nueva reelección. Desde la perspectiva que se ha defendido aquí, esta valiente decisión representa un importante avance en la defensa de la democracia. Sin embargo, comprendo que un enfoque apropiado para ese caso necesitaba, por parte de la Corte, un enfoque teórico diferente: no una concepción carente de fundamentos tanto en teoría como en la ley —como la llamada teoría de la "substitución de la Constitución" (que previno la promulgación de "reformas constitucionales inconstitucionales")— pero más que una teoría (procedimental y contextualizada) que es impulsada en contra de la concentración de poderes y la cual aconseja

resistir (típicamente, pero no únicamente) los intentos del Ejecutivo de expandir sus propios poderes y capacidades.⁹

b) La reconstrucción democrática

Otra posibilidad que quiero explorar se refiere a las acciones judiciales dirigidas a reparar los fracasos democráticos que son capaces de erosionar la legitimidad de nuestras democracias constitucionales. Hasta ahora, sabemos acerca de las teorías que les exigen a los jueces asumir

⁹ Este punto se relaciona con la amplia discusión doctrinal sobre "enmiendas constitucionales inconstitucionales". Bernal-Pulido, por ejemplo, defiende el activismo judicial en este respecto por razones similares a las que he sostenido aquí, principalmente por la importancia de contener los impulsos autoritarios de hiper-presidentes. Véase Bernal-Pulido, Carlos, "Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Colombia: an Analysis of the Justification and Meaning of the Constitutional Replacement Doctrine," *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, núm. 2, abril 2013, pp. 339-357. Véase también Issacharoff, Samuel, "Constitutional Courts and Democratic Hedging," *Georgetown Law Journal*, vol. 99, núm. 4, abril 2011, pp. 961-1012, y una discusión del tema en Albert, Richard, "Nonconstitutional Amendments," *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 22, núm. 1, enero 2009, pp. 5-47; Landau, David, "Abusive Constitutionalism," *UC Davis Law Review*, vol. 47, núm. 1, noviembre 2013, pp. 189-260, y Roznai 2017. En relación con este debate, debe recordarse que lo que estamos proponiendo aquí es un enfoque restrictivo a la revisión judicial, el cual se concentra principalmente en temas procedimentales y también una que excluye casi todas las otras intervenciones judiciales usualmente justificadas por teorías alternativas de una revisión judicial. Adicionalmente, también en los casos en los que justifico la intervención judicial, lo hago de manera particular, lo cual no implica el reconocimiento del derecho de pronunciar "la última palabra", lo cual siempre debe permanecer en las manos de "Nosotros el pueblo". En cualquier caso, al reconocer la autoridad final del pueblo no niego pero afirmo que las decisiones democráticas deben basarse en procedimientos, los cuales deben estar bajo supervisión judicial (una supervisión que podría eventualmente, y en un caso extremo, ser rebasada por un reclamo colectivo y deliberado). Este principio de soberanía popular también es compatible con la adopción de "válvulas de seguridad" o mecanismos "de seguridad" adicionales (como "los umbrales de enmienda constitucional gradual". Landau, *op. cit.*, p. 224. Desafortunadamente, sin embargo, toda esta ingeniería constitucional tiende a volverse inútil o parecer ser completamente maleable en los casos cuando la necesitamos más. Finalmente, el diseño institucional/reforma institucional parecer ser poco útil en situaciones extremas.

un enfoque de *reforzamiento representativo* para la revisión judicial. Adicionalmente, sabemos acerca de propuestas que han sugerido que los jueces usen los poderes a su alcance para enfrentar situaciones de injusticia estructural- entonces, por ejemplo, en la visión de Owen Fiss acerca de los mandamientos estructurales.¹⁰ Los enfoques procedimentales a la revisión judicial piden a los jueces salvaguardar, más que reconstruir, el sistema democrático. Mientras tanto, los mandatos estructurales son principalmente dirigidos a reparar los daños derivados de las violaciones a derechos. En otras palabras, no hemos estudiado apropiadamente las propuestas que favorecen la reconstrucción democrática y tampoco hemos examinado el uso de los remedios estructurales para reparar esos fracasos democráticos. En mi opinión, los jueces pueden utilizar los medios y las reparaciones bajo su control para "reparar" o restaurar secciones de nuestra organización democrática que ya no están trabajando en la manera requerida. La idea sería recuperar el carácter dañado de nuestras democracias constitucionales —en otras palabras, hacer posible que las personas pudieran recuperar en general su capacidad republicana para decidir y controlar directamente lo que hacen sus agentes —como una vez propuso Thomas Jefferson. Los jueces podrían, en este sentido y por ejemplo, exigir que los grupos afectados sean consultados directamente cuando sus intereses son seriamente afectados por decisiones públicas relevantes, u organizar audiencias públicas para asegurar que los grupos afectados participen en la elaboración de aquellos programas que atienden sus intereses fundamentales.

¹⁰ Fiss, Owen, *The Civil Rights Injunction*, Bloomington, Indiana University Press, 1978.

Una ilustración interesante aunque controvertida en este sentido es la que provee la Corte Constitucional Colombiana y la llamada institución del "*estado de cosas inconstitucional*", el cual creó. Esta institución, la cual está relacionada con el modelo de medidas cautelares estructurales estadounidense, vino a permitir amplias intervenciones por parte de la Corte, frente a graves y masivas violaciones a derechos —violaciones que no son atribuibles a una sola autoridad, sino que son producto de problemas estructurales antiguos. En esos casos, la Corte puede adoptar reparaciones "estructurales", las cuales no solo benefician a los demandantes en una *tutela* individual sino también a otras personas que comparten la misma situación. Esta doctrina fue presentada primero por la Corte en su Decisión T-153, del 28 de abril de 1998, en la que el tribunal había tenido la oportunidad de examinar las condiciones de vivienda de las personas internas en las cárceles nacionales. De manera más significativa, la Corte declaró una situación inconstitucional en el caso del escenario que enfrentaba la población desplazada de manera forzosa. Sus respuestas en el caso no se limitaron al demandante, sino que se refirieron a la totalidad de la población desplazada de Colombia. En las palabras de Manuel Cepeda, el ex presidente de la Corte, en esa oportunidad la Corte "emitió órdenes para remediar la insuficiencias de capacidad administrativa y presupuestaria y estableció los niveles de protección obligatorios mínimos de los derechos de [la población internamente desplazada] que serían asegurados de un modo efectivo y expedito (Cepeda 2005). Desde la perspectiva que estamos presentando, las iniciativas de este tipo parecen estar bien dirigidas para empezar a confrontar los problemas que están tan afianzados y que requieren del esfuerzo cooperativo de distintas secciones del gobierno para lidiar con ellos. Cabe señalarse, sin embargo,

que estas notables iniciativas promovidas por la Corte fueron dirigidas fundamentalmente a enfrentar situaciones graves de violaciones masivas de derechos pero no a ayudar a restaurar o fortalecer radicalmente los fundamentos básicos del sistema democrático. De hecho en Colombia, más que en otros países, las políticas democráticas han sido históricamente afectadas por numerosos factores, desde violencia política severa, desigualdad radical, actividades narco-criminales y la presión de las élites poderosas. Ante circunstancias tan extremas, la Corte pudo haber hecho una contribución mucho más significativa a la democracia, cumpliendo no solo con su función de *reforzamiento representativo* pero también con una función de *reconstrucción democrática*.

II. Asegurando la democracia deliberativa en el contexto de sociedades desiguales

a) Deliberación: Contra "intereses desnudos"

El enfoque "orientado a la participación" o "*reforzamiento de la representación*" de John Ely implica proveer una protección especial a los derechos de expresión, prensa, asamblea, petición y asociación política, los cuales son centrales al funcionamiento de una democracia representativa. En otras palabras, para Ely, los jueces deben examinar todas las restricciones expresivas (p.ej. limitaciones impuestas al discurso político) con el más alto escrutinio, presumiendo que las restricciones promovidas por aquellos en el poder son, en principio, contrarias a la Constitución. Lo mismo va para los derechos de votación y los casos de "manipulación" política (lo cual básicamente sucede cuando los distritos

electorales son redibujados para beneficiar a un partido por encima de otro durante las elecciones).

Uno de los problemas que afectan este enfoque es que está basado en una concepción estrecha (pluralista) de la democracia.¹¹ Los jueces deberían en cambio actuar —en mi opinión— bajo la guía de una diferente comprensión de la democracia. Esto implica, desde mi punto de vista, que deberían leer la Constitución desde la perspectiva de una democracia deliberativa con un ojo puesto en los profundos males que afectan el actual funcionamiento de nuestras democracias (males que hacen que una deliberación inclusiva sea casi imposible). Desde esa perspectiva, los jueces no solo deberían ayudar a promover el debate público,¹² sino también trabajar para prevenir que las decisiones públicas se volvieran el solo producto de los "intereses desnudos" deberían asegurar que la ley exprese los intereses públicos, más que las exigencias privadas.¹³

¹¹ Sunstein, Cass, *The Partial Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1993.

¹² En años recientes, algunas Cortes "activistas" parecen haber adoptado un enfoque de ese tipo. Por ejemplo, los académicos Scott y Macklem han estudiado y descrito la jurisprudencia de la Corte de India, concentrándose particularmente en la "repetición continuada" o la conversación entre las ramas de gobierno, estimulada por la Alta Corte. Para ellos "la experiencia de India nos sugiere que puede ser apropiado permitir a la judicatura que abogue ciertas soluciones para impulsar a las otras ramas a debates generales y respuestas concretas que a la larga son más democráticamente legítimas y efectivas". Scott, Craig y Macklem, Patrick, "Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees? Social Rights in a New South African Constitution," *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 141, núm. 1, 1992, p. 130. Considero que, en ciertas ocasiones, la Corte de India fue más allá de las demandas y límites sugeridos en un esquema deliberativo y asumió responsabilidades que debió dejar a las otras ramas políticas. Sin embargo, todavía considero que esta Corte es capaz de ofrecernos ejemplos únicos de cómo un tribunal que está comprometido a la visión deliberativa puede decidir.

¹³ En un famoso artículo sobre "*Interest Groups in American Public Law*" (Grupos de Interés en el Derecho Público Norteamericano), el académico Cass Sunstein exploró este tema y remarcó

Por ejemplo, las Cortes le pueden requerir a los legisladores que abran el proceso de toma de decisiones al público, para evitar o reducir la influencia de los grupos de interés o exigir a las autoridades políticas que convoquen a audiencias públicas para supervisar aspectos cruciales de la aplicación de la ley. De manera más radical, la Corte puede escrudinar el proceso legislativo para asegurar que el debate legislativo no sea una mera fachada de una decisión realmente tomada por los grupos de interés.

La Corte Constitucional de Colombia también puede servir para ilustrar lo que puede hacer una Corte para tomar en serio los requisitos de un debate democrático. En numerosas oportunidades, de hecho, la Corte invalidó decisiones legislativas que no han sido objeto de un cuidadoso proceso deliberativo, y que, en cambio, aparecieron como meras expresiones de "intereses desnudos". Por ejemplo, en una importante decisión de 2004, se opuso al llamado estatuto Anti-terrorista, el cual representaba una parte crucial de la agenda política del (en ese entonces recién reelecto y extremadamente poderoso) Presidente

que en el derecho público norteamericano "la Corte necesita algo de 'interés público' independiente para justificar la regulación. Una referencia al poder político es, por sí misma, insuficiente. En ningún caso moderno la Corte ha reconocido la legitimidad de un compromiso pluralista como la base exclusiva para la legislación... Los representantes deben deliberar más que responder mecánicamente a las presiones del constituyente, pero las decisiones para redistribuir recursos u oportunidades o de adaptarse a la estructura preexistente de los derechos y preferencias, bien puede estar basada en un esfuerzo de promover el bien público". SUNSTEIN, Cass, "Interest Groups in American Public Law," *Stanford Law Review*, vol. 38, núm. 1, noviembre 1985, pp. 29-87. De acuerdo con esta visión, las Cortes pueden jugar un rol significativo en asegurar que las normas legales sean producto del intercambio de razones más que en la mera imposición de un grupo de interés o sector de la sociedad sobre el resto. Pueden comprometerse en esta crucial supervisión del procedimiento democrático en muchas formas distintas.

Uribe. A pesar de la complejidad del caso, la Corte rechazó la iniciativa después de reconocer que más de una docena de representantes que habían votado a favor del polémico estatuto habían cambiado su postura en el tema de un día para otro, sin dar ningún tipo de explicación pública sobre su cambio de opinión. La Corte Colombiana ofreció muchos otros ejemplos de su compromiso a la deliberación abierta. Por ejemplo, en la SC-668 (2004) declaró que el artículo 16 de la Ley n. 1, 2003 era inconstitucional, como consecuencia de la falta de debate en el Pleno de la Cámara de Representantes.¹⁴ Ahora bien, también es cierto que, en años recientes, la Corte no ha protegido las bases de una democracia deliberativa con la fuerza, coraje y precisión que había usado en años anteriores. De hecho, la Corte gradualmente abandonó la doctrina que había utilizado para llevar su "control deliberativo", siendo ésta la llamada doctrina de *elusión del debate*.

b) Inclusión: Recuperando las voces de los marginalizados

Los jueces pueden contribuir al diálogo colectivo por diferentes formas y en distintas maneras. Una contribución crucial puede ser aquella de expandir la conversación política para asegurar que el proceso de toma de decisiones no permanezca encapsulado o bajo el control exclusivo de las élites políticas dominantes. Informados por las presentes situaciones de exclusión social, los jueces pueden asegurar que el proceso no excluya injustamente a las voces de las minorías desaven-

¹⁴ García Jaramillo, Leonardo, "Recepción de postulados deliberativistas en la jurisprudencia constitucional," *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 10, 2008.

tajadas o grupos afectados, es decir, las voces de aquellos que por lo general no son escuchados como resultado de su situación de marginalización o exclusión social. De manera más particular, el Poder Judicial podría garantizar que el proceso de toma de decisiones no ignore los puntos de vista de individuos o grupos potencialmente afectados que ocupan una posición socialmente desaventajada; y también que no excluya argumentos que vale la pena considerar en pro de la imparcialidad o que no incluya argumentos que son constitucionalmente impermisibles. Un buen ejemplo de estas posibilidades aparece en *Doctores por la Vida*, un caso que fue decidido por la activa y siempre creativa Corte Constitucional Sudafricana.

En *Doctores por la Vida*, una organización de médicos presentó una queja ante la Corte, arguyendo que el Consejo Nacional de Provincias ("CNP"), "al aprobar ciertos proyectos de salud, no había aceptado escritos ni conducido audiencias públicas sobre estos Proyectos como lo exigía su deber de facilitar el involucramiento del público en sus procesos legislativos y aquellos de sus comités." Se le solicitó a la Corte que reflexionara sobre la obligación constitucional de los legisladores de facilitar el involucramiento del público en sus procesos legislativos. Y la Corte dijo:

En el esquema general de nuestra Constitución, los elementos de representación y participación de nuestra democracia no deberían ser vistos como que están en tensión entre sí. Deben ser vistos como que se apoyan mutuamente. Las elecciones generales, la base de la democracia representativa, no tendrían sentido sin una participación masiva de los votantes. La participación por el público de manera continua

brinda vitalidad al funcionamiento de una democracia representativa. Motiva a los ciudadanos del país a que estén activamente involucrados en los asuntos públicos, que se identifiquen con las instituciones de gobierno y que se familiaricen con las leyes a medida que se elaboran. Ensalza la dignidad cívica de aquellos que participan al permitir que sus voces sean escuchadas y tomadas en cuenta. Promueve un espíritu de acomodo plural y democrático calculado para producir leyes que probablemente serán ampliamente aceptadas y que serán efectivas en su práctica. Fortalece la legitimidad de la legislación a los ojos del pueblo. Finalmente, debido a su carácter abierto y público actúa como contrapeso al cabildeo secreto y al tráfico de influencias. La democracia participativa es de especial importancia para aquellos que están relativamente desapoderados en un país como el nuestro donde existen grandes disparidades de riqueza y de influencia.

Esta decisión fue interesante por diferentes razones, pero particularmente por la centralidad que algunos miembros del tribunal le atribuyeron a los elementos de voz y discusión en el proceso de toma de decisiones y, de manera más específica, por la importancia que algunos de esos jueces le atribuyeron a las voces de los "desempoderados".

Criterios similares deberían también haber motivado a los jueces a revisar las decisiones que tienden a tomar en casos relacionados con las protestas sociales. Y esto debería ser frente al hecho de que muchos individuos y grupos son víctimas de graves violaciones de sus derechos constitucionales y que al mismo tiempo enfrentan serias dificultades para expresar democráticamente sus quejas y exigencias. En esas situaciones, entonces, los jueces deberían empezar a tomar las protestas

sociales más en serio, en vez de tratarlas simplemente como acciones ilegales o expresiones dirigidas en contra de la democracia. De hecho, en contextos injustos caracterizados por la falta de canales institucionales adecuados, las personas pueden sentirse forzadas a ir a las calles u ocupar espacios públicos en formas que afecten a terceros, para hacer audibles sus demandas.

Conclusión y reflexiones finales

En este trabajo, he reflexionado sobre las formas en las que el Poder Judicial podría contribuir al diálogo democrático en el contexto de sistemas institucionales muy imperfectos. En particular, examiné distintas maneras en las que los jueces pueden ayudarnos a restaurar, en lugar de simplemente proteger, el sistema de "frenos y contrapesos" y también formas en las que pueden salvaguardar y reforzar la democracia deliberativa, dado el carácter (todavía) elitista y exclusivo de muchas de nuestras sociedades.

En este punto, sin embargo, alguien podría preguntarnos: ¿cómo podríamos defender un papel judicial tan significativo, desde una posición que busca afirmar, al mismo tiempo, la prioridad del debate democrático? Según entiendo, muchas razones pueden alegarse que apoyen mi punto de vista. Primeramente, he referido aquí tareas que, en principio, deben ser compartidas por todas las distintas ramas de poder, junto con la ciudadanía en general. En segundo lugar, también he afirmado que cada uno de los actores participantes debe asumir sus tareas, en esta misión compartida, de acuerdo con sus propias capacidades y de conformidad con los límites de sus credenciales democrá-

ticas. En tercer lugar, añadiría que en países del "sur global", tales como Colombia, Sudáfrica e India, las altas cortes han sido capaces, en la mayoría de los casos, de asumir tareas esenciales como las que he referido aquí, sin imponer su autoridad sobre las políticas democráticas y sin tomar su lugar. Al final, la tarea principal que he sugerido para que asuman los jueces fue que sean los activadores (y protectores) del debate democrático. Tomemos por ejemplo, temas de "reforma estructural" el contenido de estas reformas debe ser definido por la discusión democrática y la justicia puede contribuir a esto, sobre todo si se obliga a los órganos responsables a que lleven a cabo su misión u organizando el debate colectivo en torno a esos temas. Finalmente, clarificaría que no he asumido, de ninguna manera, la superioridad epistémica, mucho menos la mayor autoridad democrática de los órganos judiciales sobre los órganos políticos -mucho menos sobre la población en general.

Como ya he señalado, todas las consideraciones anteriores no buscan implicar que el Poder Judicial esté de cierta forma protegido de los problemas que afectan a todas las otras ramas de gobierno. Por el contrario, ya he señalado que el Poder Judicial actúa dentro de un marco de incentivos que no lo ayudan a actuar en la dirección sugerida por el ideal deliberativo. Sin embargo, también he afirmado que el Poder Judicial —precisamente por su gran poder de influencia e impacto— tiende a ser la primera víctima de los avances de un Poder Ejecutivo, quien siempre está ansioso por expandir sus propias capacidades vis a vis con las otras ramas. Peor aún, los miembros de la Judicatura, particularmente en el contexto de las sociedades desiguales, tienden a ser reclutadas desde los sectores de las sociedades más ricos de la sociedad. Entonces, la rama judicial generalmente está compuesta (en todas

partes y particularmente en países democráticamente débiles) por oficiales que están afectados por fuertes prejuicios (en términos de clase, género, etc.) y que tienden a actuar de acuerdo con incentivos no democráticos. En resumen, las sugerencias que hemos propuesto en este trabajo no están basadas en una confianza ingenua o indebida en el rol de los jueces sino en cierta angustia democrática, relacionada con los dramas que nuestro deficiente sistema institucional nos impone. Lo que he presentado aquí debería ser, en cambio, entendido como una serie de propuestas que pueden ser seguidas por los jueces que se preguntan, de buena fe, cómo deben actuar en línea con el ideal democrático-deliberativo. Con suerte, las propuestas que he planteado pueden contribuir al noble pero difícil objetivo de reparar el barco democrático desde adentro, en medio de la tormenta que estamos cruzando.

Bibliografía

ALBERT, Richard, "Nonconstitutional Amendments", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 22, núm. 1, 2009, pp. 5-47.

BERNAL PULIDO, Carlos, "Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Colombia: an Analysis of the Justification and Meaning of the Constitutional Replacement Doctrine," *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, núm. 2, abril 2013, pp. 339-357.

CEPEDA, Manuel José, "Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court," *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 3, núm. 4, 2004, pp. 529-700.

ELY, John Hart, *Democracy and Distrust*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

FISS, Owen, *The Civil Rights Injunction*, Bloomington, Indiana University Press, 1978.

GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, "Recepción de postulados deliberativistas en la jurisprudencia constitucional," *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 10, 2008.

GARGARELLA, Roberto, "Why do we care about dialogue," en Young, Katharine (ed.), *The Future of Social and Economic Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, pp. 212-232.

———, "Scope and Limits of Dialogic Constitutionalism," en Bustamante, Thomas y Gonçalves, Bernardo (eds.), *Democratizing Constitutional Law*, Suiza, Springer, 2016, pp. 119-147. ISBN 978-3-319-28369-2.

GINSBURG, Tom y Huq, Aziz, *How to Save a Constitutional Democracy*, Chicago, The University of Chicago Press, 2018.

GLOPPEN, Siri *et. al.*, *The Accountability Function of Courts in New Democracies*, London, Frank Class, 2004.

HELMKE, Gretchen, *Courts under Constraints: Judges, Generals and Presidents in Argentina*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

ISSACHAROFF, Samuel, "Constitutional Courts and Democratic Hedging," *Georgetown Law Journal*, vol. 99, núm. 4, abril 2011, pp. 961-1012.

LANDAU, David, "Abusive Constitutionalism," *UC Davis Law Review*, vol. 47, núm. 1, noviembre 2013, pp. 189-260.

LEVITSKY, Steven y ZIBLATT, Daniel, *How Democracies Die*, Nueva York, Crown, 2018.

LUO, Zhaotian y PRZEWORSKI, Adam, "Subversion by Stealth: Dynamics of Democratic Backsliding," 2019 [manuscrito en archivo con su autor].

SCOTT, Craig y MACKLEM, Patrick, "Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees? Social Rights in a New South African Constitution," *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 141, núm. 1, noviembre 1992, pp. 1-148.

STONE, Geoffrey, "It Can't Happen Here: The Lessons of History," en SUNSTEIN, Cass (ed.), *Can it happen here? Authoritarianism in America*, Nueva York, Library of Congress, 2018, pp. 429-450.

STRAUSS, David, "Law and the Slow-Motion Emergency," en SUNSTEIN, Cass (ed.), *Can it happen here? Authoritarianism in America*, Nueva York, Library of Congress, 2018.

SUNSTEIN, Cass, "Interest Groups in American Public Law," *Stanford Law Review*, vol. 38, núm. 1, noviembre 1985, pp. 29-87.

_____, *The Partial Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1993.

_____, "Social and Economic Rights? Lessons from South Africa," *Chicago Unbound*, University of Chicago Law School, 2001.

_____, *Can it happen here? Authoritarianism in America*, Nueva York, Library of Congress, 2018.