

El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos

Roberto Gargarella

Introducción: Novedades dialógicas en el constitucionalismo contemporáneo

En los últimos años proliferaron, en todo Occidente, numerosas formas de acción que, aunque enmarcadas dentro del tradicional molde institucional de los frenos y contrapesos, pueden considerarse respuestas acordes con los ideales del diálogo constitucional. Examinaremos aquí algunas de estas novedades, y prestaremos atención a los límites que les impone el hecho de aparecer enmarcadas bajo el esquema de los frenos y contrapesos. Estos son sólo algunos ejemplos de las novedades “dialógicas” que han aparecido en estos años:

a) Como caso especialmente interesante y pionero, podríamos mencionar el de Canadá, y su reforma en materia de derechos: En 1982, y a través de una reforma institucional concreta y en muchos sentidos fundacional –la adopción de la *Canadian Charter of Rights*– Canadá abrió las puertas de su sistema de organización institucional a una forma más concreta del diálogo. Ello así, en particular, a través de su famosa cláusula del “no obstante” (*notwithstanding clause*) que aparece consagrada fundamentalmente por medio de dos apartados específicos, cuales son la *Section 1* y la *Section 33* de la Carta. La primera sostiene que los derechos establecidos en la Carta se encuentran sujetos a “las limitaciones que resulten demostrablemente justificadas en una sociedad libre y democrática,”; mientras que la segunda establece, de modo crucial, que el Poder Legislativo puede extender la vigencia de una norma por períodos renovables de cinco años, “no obstante” las tensiones que la misma pueda tener con la Carta de Derechos.

b) Junto al citado caso de Canadá, conviene referirse, en general, al llamado “nuevo modelo constitucional del *Commonwealth*”. Este nuevo modelo nos habla de reformas que se extendieron (además de Canadá 1982) al Reino Unido (1998), Nueva Zelanda (1990), Australia (2004) y el estado de Victoria (2006) –un nuevo modelo que, en materia constitucional, ha sido comparado con el modelo que representa la “economía mixta” en lo relativo a la organización de los recursos materiales (Gardbaum 2013, 1). En materia constitucional, este “tercer” modelo se diferencia del “primero” (el de los Estados Unidos), y el “segundo” (el viejo modelo *Commonwealth*, de supremacía legislativa y sin un *bill of rights* codificado). El mismo combina elementos tradicionales en el *common law* del *Commonwealth*, con novedosas declaraciones de derechos. Ello así, fundamentalmente, a través de dos novedades importantes en la protección de derechos, que ya veíamos presentes en el caso de Canadá. Un primer mecanismo tiene que ver con el involucramiento que se requiere a los poderes legislativos, en la revisión de la constitucionalidad de las normas, antes de que se conviertan en leyes vigentes (una “revisión política de constitucionalidad”). El segundo mecanismo tiene que ver con lo que Mark Tushnet ha denominado formas “débiles” de control judicial, y que implican técnicas de revisión constitucional que aparecen separadas de la “supremacía” o “última palabra”

judicial. Estas novedades abrieron espacio para un nuevo tipo de relación, más dialógico, entre los tribunales y el poder legislativo (ibid., 25).

c) Por otro lado, y en relación con los derechos indígenas, apareció con fuerza un reclamo de “derecho de consulta”, destinado a asegurar que las comunidades afectadas por las renovadas formas de la explotación económica (muy habitualmente, a partir de emprendimientos megamineros, o potenciales desplazamientos territoriales basados en la búsqueda de extender la frontera de las tierras cultivables). El derecho a la consulta encontró una base jurídica crucial en la Convención 169 de la OIT, de 1989, dedicada a los derechos de los pueblos indígenas. La Convención, suscripta por la mayoría de países latinoamericanos, y por el alcance de sus disposiciones establece que los países adherentes al Convenio deberán “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados...cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” (art. 6.1), asegurando siempre que las consultas se efectúen “de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas” (art. 6.2). Años más tarde, se sumaría a la Convención la Declaración de la ONU, de 2007, también referida a los derechos de los pueblos indígenas; y algunas decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considerando que el proceso de consulta constituye ya un “principio general del Derecho Internacional”.¹

d) Finalmente, convendría hacer referencia a una práctica de diálogo novedosa y cada vez más frecuente, en América –en América Latina, en particular- impulsada muy especialmente (pero no únicamente) por los tribunales superiores. Conforme a esta práctica, y típicamente ante litigios de tipo estructural (Fiss 2003), que involucran problemas públicos de primera importancia, y masivas y graves violaciones de derecho, los tribunales se han animado a tomar medidas originales, incluyendo de modo notable convocatorias a audiencias públicas, en las que muy habitualmente participaron no sólo las partes involucradas (encabezadas, normalmente, por representantes estatales de niveles y jurisdicciones diferentes), sino también representantes diferentes de la sociedad civil (desde organizaciones de consumidores, a movimientos de víctimas o asociaciones de consumidores). A través de dichas audiencias, los tribunales i) han dejado de lado una tradicional actitud de auto-restricción y deferencia al legislativo; ii) se han comprometido frente a violaciones masivas y graves de derechos, que antes dejaban virtualmente desatendidas; iii) han tendido a destrabar, impulsar y poner en foco público discusiones difíciles y de primera importancia, acerca de cómo resolver esas violaciones de derechos; iv) y han hecho todo esto sin interferir en el ámbito de decisión democrática propio del poder político, y por tanto sin arrogarse una legitimidad o poderes de los que carecen. Hemos visto audiencias de este tipo en Brasil, para discutir temas de salud pública (Mæstad, Rakner & Ferraz 2011, Gloppen 2006); en la Argentina, frente a discusiones relacionadas con la Ley de Medios, el estado de las cárceles, o el medio ambiente (Bergallo 2011; Gruskin & Daniels 2008); o en Colombia, frente a los problemas de superpoblación carcelaria, medio ambiente, salud o el desplazamiento de personas (Rodríguez Garavito & Arenas 2005; Rodríguez Garavito 2011).

¹ Caso *Saramaka c. Surinam*, sentencia de Noviembre 28, 2007.

La posibilidad de desarrollar prácticas dialógicas ha resultado, desde un comienzo, muy atractiva, aún para personas provenientes de posiciones antagónicas, por razones también diversas. En primer lugar, el lenguaje del diálogo conlleva, ya de por sí, una connotación emotiva favorable, en la medida en que apela a una civilizada y respetuosa resolución de conflictos, en momentos marcados por los antagonismos políticos. Por otro lado, la idea del diálogo democrático ha alcanzado un prestigio significativo en las ciencias sociales, muy en particular a partir del impulso que le han dado las “teorías comunicativas” de finales del siglo 20 (Habermas 1996, Bohman & Rehg 1997, Nino 1991, 1996). Asimismo, y aquí reside uno de los principales atractivos de este tipo de soluciones, la propuesta de que los distintos poderes de gobierno alcancen acuerdos “conversacionales” ahuyenta los temores y las críticas relacionadas con la “imposición” de soluciones “desde arriba”, que a veces se ha asociado con la revisión judicial de constitucionalidad (Tushnet 2008, Waldron 2001). Más precisamente, las soluciones dialógicas prometen terminar con las tradicionales objeciones democráticas a la revisión judicial, basadas en las débiles credenciales democráticas del Poder Judicial, o los riesgos de que al “imponer la última palabra”, se afecte el sentido y objeto de la democracia constitucional (en donde las mayorías deben mantenerse en el centro de la creación normativa). Las soluciones dialógicas, en tal sentido, eluden las críticas a la “última palabra” judicial; y pueden ayudar a que la política vuelva a ocupar un lugar prominente –antes que relegado– en el proceso de toma decisiones.

Según entiendo, razones como las citadas nos mueven a otorgar respaldo a la emergencia de prácticas y doctrinas favorables al diálogo constitucional. De todos modos, considero también que, enmarcadas dentro de la tradicional estructura de los frenos y contrapesos, las soluciones dialógicas encuentran dificultades para estabilizarse como prácticas nuevas, y/o sus efectos tienden a verse contenidos o socavados indebidamente. Por ello mismo, considero que una defensa apropiada del constitucionalismo dialógico debe llevarnos a promover una organización institucional diferente, capaz de dejar atrás la tradicional estructura de los *checks and balances*. Dicha estructura, según diré, se propuso –en buena medida con éxito– contener y canalizar la “guerra social”. No debe resultar extraño, entonces, que un marco semejante –pensado para una lógica agonial, o de enfrentamientos– no resulte particularmente apropiado para el desarrollo de un constitucionalismo dialógico, que requiere de una estructura institucional al servicio del intercambio de razones. Éste es, al menos, el punto principal sobre el cual enfocaré mi trabajo.

En lo que sigue, organizaré este texto del siguiente modo. En primer lugar, precisaré la idea de diálogo constitucional, y la relacionaré con un particular entendimiento de la democracia, basado en la idea de democracia deliberativa.

En segundo lugar, trataré de justificar mi afirmación según la cual el sistema de frenos y contrapesos nació con el objeto de contener y canalizar enfrentamientos sociales y políticos muy profundos. A tal objeto, desarrollaré dos tareas. Por un lado, me adentraré en algunas consideraciones sobre historia constitucional, destinadas a entender el significado y los objetivos de dicho sistema de frenos y contrapesos; y a reconocer las razones que dieron lugar al desarrollo de dicho esquema de equilibrios. Por otro lado, examinaré la particular concepción de la democracia sobre la que aparece apoyada esta propuesta institucional.

Según veremos, la concepción de democracia del caso difiere significativamente de la que es propia de una democracia deliberativa.

Finalmente, y en lo que representará la parte central de mi escrito, examinaré tres objeciones posibles a la idea de que el sistema de frenos y contrapesos se encuentra en tensión con la pretensión de contar con un sistema de diálogo constitucional. En primer lugar, me ocuparé del argumento según el cual el sistema de frenos y contrapesos tiende a activar, en los hechos, el diálogo público, promoviendo la “transformación de las preferencias” de la ciudadanía, y la confrontación y el debate entre las distintas ramas del poder. El segundo argumento que voy a estudiar es el que sostiene que la práctica del sistema de revisión judicial de constitucionalidad tiende a desarrollarse de un modo “conversacional,” y por tanto en línea con los ideales del diálogo constitucional. Examinaré, en este caso, el trabajo de autores como Alexander Bickel y –más contemporáneamente- Barry Friedman. El tercer argumento bajo análisis es el más relevante para este escrito. Este argumento se apoya en algunas reformas y prácticas institucionales renovadas, como las enunciadas al comienzo de este trabajo (i.e., la *notwithstanding clause* de la nueva Carta de Derechos de Canadá), que son justamente las que nos han empujado a hablar del diálogo constitucional. El argumento podría decir que el sistema de frenos y contrapesos es compatible –en todo caso, a partir de innovaciones menores- de abrir espacio para el desarrollo de prácticas dialógicas. En relación con esta idea, mi propósito no será el de negar ni la existencia ni el valor de estas experiencias de diálogo (por el contrario, según dijera, mi interés es el de promoverlas). Sí me interesará señalar, en todo caso, que en ausencia de cambios más sustantivos, que nos permitan dejar atrás la lógica agonial del sistema de frenos y contrapesos, resultan bajas las posibilidades de desarrollar prácticas dialógicas sustantivas y mantenidas en el tiempo.

Diálogo constitucional y democracia deliberativa

Como suele ocurrir con propuestas como la del constitucionalismo dialógico, capaces de generar interés y aprobación extendidas, el riesgo es que las personas involucradas (funcionarios públicos, doctrinarios, etc.) intenten “tomar ventaja” indebida de dicho prestigio, presentando como “dialógicas” a soluciones que difícilmente puedan ser consideradas o clasificadas como tales. Ocurre así –como sostuviera Kent Roach- que “la metáfora del diálogo” termina siendo “invocada para justificar algunas de las decisiones constitucionales más controvertidas en los años recientes” (Roach 2004, 50). El problema apuntado, finalmente, se basa en la dificultad que todavía encontramos para definir con precisión los contornos de las soluciones dialógicas o basadas en el diálogo democrático.

Intentando superar el tipo de problemas definicionales antes apuntado, en lo que sigue definiré a las soluciones dialógicas en relación con la particular concepción de la democracia con la que –según entiendo- se encuentran asociadas: una concepción *deliberativa de la democracia*, que tomaré en todo caso como ideal regulativo desde el cual será posible evaluar los particulares arreglos institucionales sobre los que nos toque reflexionar.

En sistemas de *democracia deliberativa*, como los que me interesará considerar aquí –en contraste con sistemas más vinculados con la tradición de los *checks and balances* - la idea

es la de asegurar que el proceso de toma de decisiones se asiente en un *diálogo inclusivo*. Los sistemas institucionales de democracia deliberativa retoman así la noción habermasiana conforme a la cual las decisiones justificadas son las que resultan de procesos de discusión en las que intervienen –desde una posición de igualdad– todos los potencialmente afectados (Habermas 1996). El presupuesto es que el sistema de toma de decisiones gana en imparcialidad en la medida en que se base en una discusión amplia e inclusiva, en la que –en particular– se escuche a todos aquellos que disienten, aquellos que piensan distinto, aquellos que desafían las decisiones establecidas. La discusión entre todos los potencialmente afectados, puede agregarse, sirve a propósitos diferentes y valiosos: todos nos abrimos a la posibilidad de ganar información con la que no contábamos; todos podemos corregir errores a partir de las críticas que recibimos de los demás; todos nos vemos forzados a plantear nuestras posiciones en términos que sean entendibles y aceptables para los demás; todos nos vemos así obligados a pensar en los modos en que nuestras iniciativas impactan sobre los demás, y a considerar a los otros en nuestras propuestas; todos nos vemos constreñidos a confrontar con quienes piensan distinto y a argumentar con ellos, en lugar de simplemente descartar prejuiciada o dogmáticamente sus puntos de vista. Finalmente, podemos decir, hay un elemento civilizatorio y educativo en la misma idea de discutir con otros, sobre todo cuando aceptamos que la idea que debe prevalecer es la que encierra el mejor argumento (Gutman & Thompson 2004).

Por supuesto, no podemos dar por obvios cuáles son los mejores arreglos institucionales, o simplemente cuáles podrían justificarse, desde una perspectiva deliberativa de la democracia. Numerosos autores han explorado ya la cuestión, llegando a conclusiones (sólo) parcialmente similares (Habermas 1996, Nino 1996, Pettit 1999). En todo caso, adelantaría que, en mi opinión, el funcionamiento de un sistema de democracia deliberativa requiere de una lógica de organización institucional diferente de la que ofrece el sistema de frenos y contrapesos. *Mientras que el tradicional sistema de checks and balances, según veremos, se orienta a evitar y canalizar la guerra social; un sistema dialógico requiere orientarse hacia otros fines, de modo tal de organizar y facilitar una conversación extendida y entre iguales.*

En el mismo sentido, y sin comprometer al sistema deliberativo con una receta única y definitiva de respuestas institucionales, entiendo que es posible señalar el modo en que diferentes arreglos institucionales *deshonran* o se alejan de las exigencias elementales de un sistema deliberativo. Al respecto, es posible llamar la atención sobre una diversidad de propuestas y prácticas institucionales muy transitadas por las democracias occidentales que, en principio, merecen verse en tensión con una organización orientada al promover un diálogo entre iguales. Ante todo, existe un relativo acuerdo en que un sistema institucional dialógico no se lleva bien con las formas más clásicas, digamos, de la revisión judicial, en donde el Poder Judicial –el que posee las credenciales democráticas más débiles– se arroga en los hechos la “última palabra” constitucional (Kramer 2005, Waldron 2001, Tushnet 2008, Thomson 1999).² Por otra parte, un sistema dialógico tampoco parece llevarse bien

² Como sostuviera Thompson, la democracia deliberativa no excluye la revisión judicial como un posible arreglo institucional, pero insiste que frecuentemente habrá desacuerdo acerca de cuáles libertades deben ser inviolables, y considera que incluso cuando existe acuerdo habrá una razonable disputa acerca de su interpretación y acerca de cómo deben ser consideradas en relación a otras libertades (Thompson 1999)

con sistemas híper-presidenciales, en donde la discusión se encuentra, en los hechos, reemplazada por el poder de decisión más o menos discrecional del Ejecutivo. Tampoco parece justificable, desde una postura deliberativa, la existencia de Congresos desvinculados de la sociedad; y mucho menos la presencia de ámbitos legislativos poco deliberativos, convertidos en meras poleas de transmisión de las decisiones ya elaboradas, ya cerradas, desde el Ejecutivo. En suma, señalaría que muchas prácticas institucionales hoy consolidadas se muestran en tensión con las ambiciones propias de un sistema deliberativo, aunque haya otras prácticas, todavía excepcionales o emergentes, que prometan ser más compatibles con el mismo.

Inmediatamente, y según lo anunciado, comenzaré el análisis de la propuesta constitucional de los frenos y contrapesos, examinando sus elementos principales, las razones históricas que le dieron origen, y la teoría de la democracia en la que se apoya.

Frenos y contrapesos: presupuestos básicos

En *El Federalista* 51, James Madison ofreció algunas de las principales razones que apoyaban la organización de un sistema de *frenos y contrapesos*, y dio también algunas claves sobre su funcionamiento y objetivos. En uno de los apartados más significativos dentro del texto, Madison sostuvo que:

la mayor seguridad contra la concentración gradual de los diversos poderes en un solo departamento reside en dotar a los que administran cada departamento de los medios constitucionales y los móviles personales necesarios para resistir las invasiones de los demás. Las medidas de defensa, en este caso como en todos, deben ser proporcionadas al riesgo que se corre con el ataque. La ambición debe ponerse en juego para contrarrestar a la ambición. El interés humano debe entrelazarse con los derechos constitucionales del puesto. Quizás pueda reprocharse a la naturaleza del hombre el que sea necesario todo esto para reprimir los abusos del gobierno. Pero qué es el gobierno sino el mayor de los reproches a la naturaleza humana? Si los hombres fueran ángeles, el gobierno no sería necesario. Si los ángeles gobernaran a los hombres, saldrían sobrando lo mismo las contralorías externas que la internas del gobierno (Hamilton et al 1982).

El análisis apropiado de este solo párrafo merecería un trabajo que excedería largamente los límites de este escrito. Por ello mismo, aquí me contentaré con señalar algunos de los elementos más significativos que sobresalen en dicha reflexión.

Por un lado, Madison dejó en claro, entonces, cuál era el *objetivo* del sistema institucional de frenos y contrapesos. El mismo, consistente con la idea general de evitar las mutuas opresiones, se concentraba en la propuesta de *resistir las intrusiones de una rama de gobierno sobre las demás*. Para ello, se optaba por una estrategia institucional de *paz armada*, que consistía en otorgar a cada uno de los poderes de gobierno armas contundentes (“medios constitucionales”), capaces de prevenir los posibles ataques de los demás. Dotados, cada uno de los poderes, de armas defensivas, todas las ramas de gobierno podrían sentirse igualmente poderosas e intimidadas ante el poder de las demás, y tenderían por tanto a no excederse, temerosas del potencial “disparo defensivo” de las demás. En todos los casos, la reacción no provendría del deseo de los funcionarios públicos de servir al conjunto, de asegurar para siempre la vigencia de los derechos de los demás.

Por el contrario, se trataría simplemente del autointerés de cada uno de ellos, tratando de preservar férreamente las porciones de poder que les asignara su comunidad. El egoísmo de los funcionarios –su voluntad de preservar el poder asignado- vendría a servir entonces al interés común de evitar los excesos del poder.

En segundo lugar, Madison dejaba en claro cuál iba ser el *combustible* –el elemento *motivacional*- capaz de poner en movimiento a todo el esquema institucional: el autointerés de ciudadanos y funcionarios. En sus palabras, lo que debía hacerse era contraponer “la ambición a la ambición.” De esto trataba la idea de combinar los “medios constitucionales” con los “móviles personales”. En otros términos, funcionarios egoístas y dotados de herramientas defensivas apropiadas y equivalentes, iban a ocuparse –por su propio interés- de resistir los ataques esperables de los demás. Ninguna rama del poder prevalecería entonces sobre las demás, y ellas se verían obligadas a vincularse entre sí –a negociar entre ellas- para poder llevar adelante sus pretensiones. La lógica de este pensamiento era, finalmente, la que primaba entonces, entre los sectores dominantes: se trataba de la lógica de la mano invisible, que por aquel tiempo hiciera conocida Adam Smith. El egoísmo institucionalmente reconducido iba a permitir alcanzar objetivos satisfactorios para el interés general.

De este modo también, Madison salía a dar un debate en torno al *lugar que iba a ocupar la virtud* en el diseño de las instituciones –una discusión particularmente saliente en ese momento, floreciente para el pensamiento republicano. Por un lado, el “uso institucional” que se le daba al autointerés de los funcionarios públicos permitía al sistema *economizar en virtud* -ahorrar virtud de forma tal de no ser más exigentes que lo necesario, frente a individuos en verdad poco dispuestos a comprometerse cívicamente (Ackerman 1984). Por otro lado, y de modo aún más notable, el texto en cuestión criticaba, implícitamente, a aquellos que minusvaloraban la importancia de los controles entre poderes asumiendo que las personas tendían a comportarse como “ángeles”. De esta forma, Madison criticaba a aquellos que consideraban que las personas en general, y los funcionarios públicos en particular, estaban por lo general bien motivadas, animadas a servir al otro o al interés común. Así, la afirmación madisoniana según la cual los hombres no eran ángeles, tenía un destinatario preciso: la visión, aparentemente extendida entre muchos de los republicanos (antifederalistas) críticos de la Constitución, que asumían que las personas actuaban o podían actuar, colectivamente, motivadas por el puro o fundamental deseo de servir a los demás, y así a los intereses de su comunidad. En la crítica de Madison lo que parece advertirse es una sugerencia según la cual sus opositores descuidaban toda preocupación por los controles al poder, confiados en que los funcionarios públicos actuarían como “ángeles” de modo altruista, para servir entonces, desinteresadamente, el interés general.

En cuarto lugar, y en relación con lo anterior, Madison mostraba su preferencia por el establecimiento de *controles internos o endógenos* –esto es decir, de una rama del poder frente a las otras- antes que por los *controles externos o exógenos* –es decir, los controles populares, normalmente asociados con el voto de la ciudadanía. Aquí residía, entonces, una principal fuente de diferencias entre los federalistas y sus críticos antifederalistas. El punto es importante, entre otras cosas, porque sugiere que los antifederalistas no se despreocupaban alegremente del establecimiento de controles (tal como se sugería en el punto anterior), confiando ingenuamente en las virtudes cívicas de los representantes –

como parecían sugerir los federalistas- sino que abogaban en verdad por el establecimiento de *otro tipo* de controles.³

Ideas como las citadas hasta aquí definen el contenido y los contornos de una peculiar concepción sobre la organización constitucional. La lógica de dicha concepción era *la lógica agonial, del conflicto –la lógica de la guerra*. Lo que se pretendía era utilizar al sistema institucional de modo tal de organizar y contener al conflicto social, canalizando las energías de todos –los impulsos expansivos y/u opresivos propios de los integrantes de cada una de las ramas de poder- en pos del beneficio común. Ello así, descansando fundamentalmente en mecanismos de controles endógenos, antes que exógenos, esto es decir, confiando en las capacidades, decisiones y poderes de funcionarios públicos dotados de los incentivos apropiados, antes que en las virtudes cívicas propias de una sociedad movilizadora y comprometida con los intereses de la comunidad.

“Separación estricta” vs. “frenos y contrapesos”: Dos modelos de democracia

El sistema de frenos y contrapesos puede ser entendido como una respuesta directa al período de crecientes intervenciones de las legislaturas locales en desafío a los derechos de los acreedores y grandes propietarios. Tales desafíos legislativos representaron para muchos una grave enseñanza: sin límites apropiados, estrictos, los legisladores se convierten en meros voceros de los intereses sectoriales; las legislaturas toman decisiones apresuradas; y la rama legislativa tiende invadir la esfera de acción de las otras ramas del poder. Estas políticas locales, en apariencia, se correspondían con legislaturas poderosas y poco sujetas a controles internos o endógenos. El modelo que parecía inspirar a estas legislaturas era el jacobino, proveniente del modelo revolucionario francés, y la Constitución de 1793. Dicho modelo (como el de la Constitución revolucionaria de 1791) parecía basarse en el presupuesto de que “la voz del pueblo” era infalible (era “la voz de Dios”), indivisible, y “suprema”. Estos supuestos derivaron en sistemas institucionales basados en la noción de la “separación estricta” de poderes, a los que el esquema de los frenos y contrapesos, más tarde, vendría a oponerse (Vile 1967).

El modelo de la separación estricta proponía que cada rama del poder se ocupara exclusivamente de sus propias tareas, sin injerencias sobre las tareas de las demás ramas (contra la “mutua interferencia” que el sistema de frenos y contrapesos vendría a proponer). La separación estricta era, al mismo tiempo, resultado de una diversidad de

³ Por lo dicho, puede señalarse que la crítica madisoniana contra sus adversarios políticos resultaba, finalmente, exagerada e injusta. Era cierto, sí, que muchos críticos de la Constitución no compartían la visión humeana sobre las motivaciones personales defendida por los federalistas; como era cierto que algunos de ellos asumían una antropología más optimista (finalmente, no había entonces, como no hay hoy, razones para pensar en los individuos como unidireccionalmente motivados, i.e., Ben-Ner & Putterman 1998). También era cierto, por lo demás, y según hemos visto, que algunos opositores –sin asumir una visión ingenua de las motivaciones humanas- confiaban en la capacidad transformadora de las motivaciones que podía tener el sistema institucional: dicho sistema podía estar al servicio de la creación de ciudadanos más comprometidos con los destinos de su comunidad, pero no lo estaba, abdicando así de su capacidad de positiva incidencia sobre el carácter de los ciudadanos. Sin embargo, la cuestión más importante aquí era otra, relacionada con una cuestión respecto de la cual federalistas y antifederalistas parecían claramente divididos: Cuál debía ser el papel de la ciudadanía en la vida política de la comunidad? Y, más específicamente, qué papel debía jugar la ciudadanía en el proceso de toma de decisiones y en la activación de los controles sobre el poder?

aspiraciones republicanas, incluyendo una búsqueda de claridad y transparencia; la certeza de que el sistema de gobierno debía ser sencillo y entendible; o la convicción de que no debía haber confusiones entre los poderes de una y otra rama de gobierno. Ante todo, sin embargo, el modelo de la separación estricta se vinculaba con la pretensión de proteger al legislativo, como poder expresivo de la voluntad popular. Esto es, en un sistema de gobierno en donde el poder de la legislatura era el más intenso y activo, el mandato de la “no interferencia” venía a consagrar el lugar especial del Congreso dentro de la constelación de poderes.

En tal sentido, podría agregarse, el modelo de la separación estricta era hijo de una particular concepción de la democracia, de rasgos mayoritarios, basada en una plena confianza en las capacidades políticas de la ciudadanía, y en la movilización de esta última, motivada por los compromisos cívicos de sus miembros (rasgos estos que, en buena medida, son compartidas por visiones deliberativas de la democracia). Estos rasgos son, precisamente, aquellos contra los cuales se pronunciara Madison en El Federalista n. 51, cuando criticara a quienes creían o parecían que creer que las personas eran “ángeles” deseosas de actuar conforme a las necesidades de su comunidad.

De hecho, todo el esquema de frenos y contrapesos puede leerse y entenderse mejor cuando se lo contrasta con el sistema de la división estricta. Así, el modelo de los *checks and balances* quiere “ahorrar en virtud (cívica);” aparece basado en una fuerte desconfianza hacia las capacidades políticas de la ciudadanía; y se vincula a una noción de democracia mucho más restrictiva. Si en el modelo de la separación estricta la principal preocupación era la de asegurar la mejor expresión de la voluntad general, en éste lo que se pretende es contener los irrefrenables excesos mayoritarios, evitando finalmente las opresiones de unos sobre otros (y, muy en particular, las opresiones de las mayorías sobre las minorías). Si en el primer modelo el énfasis estaba puesto en la afirmación de los rasgos democráticos del sistema institucional, en éste el acento aparece colocado en la protección de los derechos. El sistema de frenos y contrapesos queda entonces asociado a una concepción, finalmente, negativa de la democracia, que procura evitar la comisión de ciertos males (las mutuas opresiones), antes que asegurar la concreción de otros resultados posibles, beneficiosos para el bienestar general.

Esta visión más estrecha, negativa, de la democracia, expresa bien la lógica agonial en juego, que Alexander Hamilton resumiera en los debates de la Convención Federal, el 18 de junio de 1787. Hamilton sostuvo entonces: “Dadle todo el poder a las mayorías, ellas oprimirán a las minorías. Dadle todo el poder a las minorías, ellas oprimirán a las mayorías. Por tanto, ambas deben tener poder, y poder defenderse así contra (los ataques) de la otra” (Farrand 1937, vol. 1, 282). En dichas declaraciones se advertía claramente que el valor del sistema político residía en su capacidad de impedir las mutuas opresiones, y que todos los esfuerzos institucionales debían colocarse, entonces, en canalizar y contener la guerra social. Las palabras de Hamilton, por lo demás, dejaban en claro los problemas que afectaban a dicha visión sobre la democracia –similares a los que suelen afectar a las visiones más preocupadas por la protección de derechos. No se trataba sólo de la dificultad para conocer cuáles eran las minorías, o más precisamente los derechos de las minorías que merecían una protección especial (la minoría de los grandes propietarios, o la de un grupo étnico objeto de extendidos prejuicios, pueden merecer ambas una protección especial

pero, seguramente, no una protección del mismo tipo e intensidad). Se trataba, muy en particular, del muy alto precio que el sistema institucional estaba dispuesto a pagar, en términos democráticos, con el objeto de asegurar la “tregua armada” en la lucha entre facciones, entonces en curso. En efecto, y tal como se desprende de las palabras de Hamilton, la posibilidad cierta que se encontraba para imposibilitar la opresión cruzada requería dotar a los grupos en cuestión –más allá de su tamaño, importancia o peso- de un poder institucional equivalente.

La respuesta de Hamilton no era novedosa, a la luz de la vieja tradición de la “Constitución mixta”, que requería una división del poder capaz de dotar a los distintos sectores involucrados –digamos, a las partes monárquica, aristocrática y democrática de la sociedad- de una cuota de poder equivalente. La decisión prometía ser efectiva en cuanto al objetivo crucial de impedir que uno de los grupos en juego arrasara con los derechos o intereses de los demás. Sin embargo, en términos democráticos, el precio que se aceptaba pagar resultaba sin dudas exagerado (evaluado esto aún desde visiones muy modestas de la democracia). En efecto, toda persona interesada en asegurar la protección de los derechos de las minorías (cualesquiera sean ellas) puede acordar con el valor de contar con ciertos mecanismos de control y cuidado de los intereses básicos de los grupos vulnerables, capaz de limitar, frente a casos específicos, el poder de acción de las mayorías. Sin embargo, dicha opción es muy diferente de la que propone, para tales fines, distribuir el poder de decisión democrático entre mayorías y minorías, en porciones relativas equivalentes. En este último caso, la capacidad de las mayorías para tomar control sobre sus propios asuntos –esencial aún en visiones limitadas de la democracia- resulta fundamentalmente diluido, a la vez que el poder de las minorías resulta exageradamente aumentado.

En definitiva, la expectativa propia del sistema institucional creado, era la de que los distintos grupos en los cuales quedaba dividida la sociedad,⁴ se vieran imposibilitados a oprimirse mutuamente, y quedaran así forzados a negociar entre ellos soluciones aceptables para el común, bajo el supuesto de que la inacción resultaría la peor alternativa para todos. Se trataba de una solución en parte comprensible –a vista de los radicales temores generados por la crisis social, política y económica del momento- pero también de una solución difícil de digerir, para los demócratas más comprometidos de la época, tomando en cuenta los presupuestos y principios en los que se basaba.

Excurso 1: La lógica agonal en la historia. Armas y Urnas

La lógica agonal con la que se pensaba al sistema institucional era un resultado de años de reflexión teórica y reacción política en torno a los graves conflictos económicos y sociales que habían arrasado a los Estados Unidos, luego de la independencia, y que incluían las dificultades económicas sobrevinientes luego de la guerra; amplias secciones de la población endeudadas; grupos de acreedores ávidos de recuperar su dinero; y movimientos

⁴ En El Federalista n. 10, por ejemplo, Madison habló de estos grupos. Sostuvo entonces que: “Los propietarios y los que carecen de bienes han formado siempre distintos bandos sociales. Entre acreedores y deudores existe una diferencia semejante. Un interés de los propietarios raíces, otro de los fabricantes, otro de los comerciantes, uno más de los grupos adinerados y otros intereses menores, surgen por necesidad en las naciones civilizadas y las dividen en distintas clases, a las que mueven diferentes sentimientos y puntos de vista.”.

sociales y políticos destinados a saldar esa batalla. Conflictos como los señalados alcanzaron su punto más alto, entonces, con las resistencias populares a las acciones de los jueces que –se presumía– funcionaban como agentes de los intereses de los acreedores demandando el pago de las deudas privadas (Jensen 1967). El desencanto social con la política dominante se vinculaba también, y de modo especial, con las legislaturas estatales, a las que se consideraba compuestas, en su gran mayoría, por individuos que respondían a los intereses del sector acreedor.

La ciudadanía, entrenada por entonces en la práctica de resistencia frente a prácticas e instituciones adversas, comenzó a mostrar su rechazo, en primer lugar, a las órdenes judiciales que les perjudicasen, movilizándose para impedir directamente la reunión de los tribunales. De este modo, notablemente, grupos de ciudadanos comenzaron a “utilizar en contra de sus maestros, las doctrinas que estos les habían inculcado, en orden a llevar adelante la revolución” (Wood 1969, 397-8, Wood 1966). La decisión de obstaculizar la labor de la justicia provocó una esperable conmoción social. Los sectores más acomodados veían a la situación como un extremo intolerable de la vida política, mientras que los sectores más vulnerables consideraban a dichas acciones obstaculizadores como condición necesaria para asegurar la justicia.⁵

En dicho contexto, levantamientos colectivos como la (así llamada) “rebelión de Shays” (una movilización anti-judicial encabezada por el veterano de guerra Daniel Shays), simbolizaron la crisis política de la época. A pesar de haber sido prontamente sofocada por las tropas del general Lincoln, la rebelión citada pasaría a la historia como uno de los hechos más notables del siglo.⁶ De hecho, las discusiones acerca de cómo reorganizar el sistema político, que distinguieron a este período, resultaron en buena medida motivadas y guiadas por la idea de evitar nuevos levantamientos como el de Shays (Nevins 1927, Young 1967).

En efecto, las rebeliones armadas anti-judiciales encontraron pronta repercusión en muchas legislaturas estatales, que comenzaron desde entonces a promover normas pro-deudores como las que reclamaban los insurrectos: emisiones de papel moneda, condonaciones de deuda, expropiaciones, etc. Ello ocurriría, a veces, por la decisión preventiva de legisladores que querían evitar nuevos y anunciados levantamientos. En otras ocasiones, los cambios normativos –y, en particular, las emisiones de papel moneda exigidas por el grupo de los deudores– fueron el resultado de cambios en la composición de las legislaturas que comenzaron a albergar crecientemente, entre sus filas, a representantes del grupo de los deudores. En los hechos, entre 1785 y 1786, la cuestión de la emisión de papel moneda (autorizada por las legislaturas) pasó a convertirse en punto central de los debates políticos de la época. La legislatura de Pennsylvania fue la primera que autorizó emisiones de

⁵ Sólo para ilustrar esta situación, podríamos decir que en Hampshire County, entre los años 1784 y 1786, casi 3000 casos fueron presentados a la justicia, lo que importaba un incremento del 262% respecto de lo sucedido en igual período de tiempo, entre 1772 y 1774. Aún peor, en Worcester, y solamente en 1785, se contabilizaron 4000 de estas demandas.

⁶ Samuel Ely fue uno de los más notables líderes de estos movimientos populares. Luke Day alcanzó similar repercusión en Northampton, liderando una movilización de 1500 personas. Sin embargo, Daniel Shays sería quien se convertiría en símbolo de estos levantamientos contra-institucionales de la ciudadanía, intentando detener la reunión de las cortes en Worcester.

circulante, y ella fue seguida al poco tiempo otras seis: las legislaturas de South Carolina, New York, North Carolina, New Jersey, Georgia y Rhode Island.

Ahora bien, si los levantamientos armados generaron estupor y temor entre la dirigencia política de la época, el hecho de que los rebeldes pudieran obtener lo que antes reclamaban por las armas, a través de la fuerza de las leyes, sobrepasaba directamente todos los límites imaginados. En efecto, y como señalara el gran historiador del período, Gordon Wood, ahora “era a través de la misma fuerza de las leyes de los estados, y no a través de la anarquía o la ausencia de ley” (como ocurriera con la rebelión de Shays) que los deudores comenzaban a obtener beneficios capaces de aliviar su situación (Wood 1969, 405-6, Wood 1992). En los casos más graves (fue lo que ocurrió en Rhode Island), las legislaturas se animaban a cuestionar la autoridad de los jueces que se mostraban resistentes a los nuevos programas políticos (pro-deudores) implementados. Estos hechos –en general, la gran permeabilidad del sistema institucional existente frente a las demandas ciudadanas más fuertes- estarían llamados a cambiar la historia institucional americana. Por ello mismo, y desde entonces, buena parte del nuevo diseño institucional aparecería dirigido a impedir resultados como los que empezaban a sucederse en las diversas legislaturas estatales. El sistema de frenos y contrapesos resultaría entonces un producto clave de esta etapa de enfrentamientos institucionales, provocados por la crisis social y política de la época.

Excursio 2: Frenos y contrapesos en América Latina, y una distorsión decisiva sobre el liberalismo del equilibrio

Con todos sus problemas, el modelo los frenos y contrapesos encerraba en su interior una serie de mecanismos atractivos, que apuntaban a asegurar un mecanismo de balances en el ejercicio del poder. El esquema del equilibrio representaba una propuesta propia del liberalismo de la época, que tomaba como principal consigna la de evitar los graves males que asociaba con las concepciones rivales: la tiranía y la anarquía. El liberalismo se presentaba entonces como la única opción sensata –una opción intermedia- entre dos concepciones alternativas, a las que consideraba proclives a los excesos. Más precisamente, el mismo se oponía tanto a los excesos de “uno” (el rey, el caudillo, el presidente autoritario o todopoderoso), como a los excesos de los “muchos” (las facciones mayoritarias, las masas desbocadas, las mayorías sin límites).

Del modo citado, el liberalismo se caracterizaba a sí mismo como una visión opuesta tanto al conservadurismo, que era considerado favorable a la concentración de poder, como al republicanismo-rousseauiano, que aparecía al servicio de los excesos del mayoritarismo.

En América Latina, la disputa política y constitucional tendió a seguir caminos similares a los descriptos, aunque exagerados en algunos de sus términos fundamentales. En parte, la ausencia de una estructura institucional de base, capaz de organizar mejor la disputa pública, provocaba que, en América Latina, los conflictos tendieran a tomar versiones más extremas. En tal sentido, la concentración del poder promovida por los conservadores, durante el siglo 19, produjo caudillos y líderes muy predispuestos a los abusos autoritarios; y a la vez, las corrientes jacobinas de reacción al autoritarismo también se animaron a promover cursos de acción muy extremos. Para buena parte de la dirigencia

latinoamericana, eventos tales como la Revolución Haitiana que culminara en 1804 –la primera y muy cruenta revolución de los esclavos negros- o los excesos y violaciones del orden y la propiedad, cometidos por masas desarropadas, tanto en Venezuela (1814) como en El Parián, de México, constituían ejemplos claros de las graves implicaciones del jacobinismo igualitario en América Latina. Para muchos dirigentes latinoamericanos –que en este sentido parecían seguir las enseñanzas madisonianas- tales eventos ratificaban el hecho de que las pasiones tendían a tomar el lugar de la razón, sobre todo en situaciones en donde actuaban las “multitudes”. El líder político y militar Simón Bolívar, por caso, padeció y criticó fieramente levantamientos populares como los citados, que dejaron una profunda huella en su memoria política. Él, como tantos, propuso entonces organizar un sistema institucional diferente, capaz de reaccionar frente a tal tipo de tragedias públicas.⁷ “Las pasiones –comentaba Bolívar, preocupado- se han excitado por todos los estímulos, el fanatismo ha volcanizado las cabezas, y el exterminio será el resultado de estos elementos desorganizadores” (Bosch 1980, 127).

Lo sostenido por Bolívar resultaría compartido por muchos otros dirigentes y pensadores prominentes de la época. Por ejemplo, en el capítulo 12 de su obra cumbre, *Bases*, el notable constitucionalista argentino Juan Bautista Alberdi atribuyó a Bolívar la idea según la cual «los nuevos Estados de la América antes española necesitan reyes con el nombre de presidentes». Y el propio Alberdi, en el capítulo 25 de ese mismo libro –libro que se convertiría en el principal marco de referencia de la Convención Constituyente Argentina de 1853- propuso desviarse del modelo norteamericano en el punto referido a la organización del Poder Ejecutivo. Sugirió entonces acercarse al modelo conservador que adelantara Juan Egaña y su hijo Mariano, para el constitucionalismo chileno y la Constitución de 1823, porque la historia –decía- “ha demostrado que la única solución racional en repúblicas que poco antes fueron monarquías” (Alberdi 1981, 181). Dicha solución implicaba la conformación de “un presidente constitucional que pueda asumir las facultades de un rey en el instante que la anarquía le desobedece como presidente republicano.” Y agregaba, contradiciendo el sentido común de buena parte de la elite de la época, “Yo no veo por qué en ciertos casos no puedan darse facultades omnímodas para vencer el atraso la pobreza, cuando se dan para vencer el desorden, que no es más que el hijo de aquéllos” (ibid., 181).

La propuesta de Alberdi, finalmente, aparecía como muy propia del pensamiento liberal de la época, que comenzaba a matizarse bajo la creciente influencia del conservadurismo. Esta mixtura liberal-conservadora, en los hechos, se convertiría en el punto de reposo del pensamiento constitucional de Latinoamérica, durante su período fundacional. Los dichos de Alberdi resultaban, así, similares a los de Bolívar cuando, en su Mensaje al Congreso de Bolivia, de 1826, y luego de alertar sobre los riesgos de la “tiranía y anarquía”, pidiera que el Presidente de la República actuara “en nuestra Constitución, como el sol que, firme en su centro, de vida al Universo” del sistema institucional (Bolívar 1976, 231-33). La idea era compartida por los principales constitucionalistas de la región, muy marcados por esa misma ideología liberal-conservadora. El influyente jurista venezolano-chileno, Andrés

⁷ Es interesante notar la diferencia entre el tipo de tragedias institucionales frente a las que reaccionaron los norteamericanos –legislaturas rebeldes-, y el tipo de enfrentamientos sociales que desataron la reacción en América Latina –en muchos casos, levantamientos sanguinarios.

Bello, también se pronunciaría entonces a favor de un presidente fuerte, capaz de actuar “como un dique contra el torrente de las conmociones de partido” (Brewer Carías 1982, 142); y el religioso conservador Bartolomé Herrera, en Perú abogaría por el establecimiento de una autoridad que “dirija las voluntades y que prescriba lo que hay que hacer u omitir, conforme a la ley natural” (Paz Soldán 1943, 110). En definitiva, en todos los casos, el objetivo parecía ser el mismo, esto es, contar con una autoridad diferente y superior a la voluntad del pueblo -voluntad habitualmente confusa y guiada por la pasión- capaz de imponer el orden en las situaciones en que ello fuera necesario.

El hecho es que, en razón de las presiones ejercidas por el conservadurismo regional, el liberalismo latinoamericano aceptó retocar el modelo constitucional norteamericano (modelo que, en muchos otros aspectos, aceptaba o proclamaba aceptar) conforme a las exigencias conservadoras. Las diferencias principales impulsadas por el conservadurismo local fueron dos, aunque aquí nos ocuparemos sólo de una de ellas. La primera diferencia tenía que ver con la defensa de un papel mayor para la religión, dentro de un esquema constitucional de características típicamente liberales, y que proponía habitualmente el establecimiento de un “muro de separación” entre Iglesia y Estado. En América Latina, ese muro de separación aparecería claramente resquebrajado, desde el mismo texto constitucional. La otra gran diferencia, que es la que aquí me interesa subrayar, era la referida a los poderes presidenciales. Otra vez, contra lo que exigía el dogma liberal, el constitucionalismo latinoamericano abrazaba y rechazaba el sistema de frenos y contrapesos, introduciéndole una sustancial –mortal?- variación: un parcial desequilibrio a favor del poder presidencial.

Del modo citado, los latinoamericanos desequilibraban el sistema de equilibrios; colocaban un peso superior en uno de los platillos de la balanza de poderes. De ese modo, amenazaban con herir de muerte a todo el esquema, al que afectaban, justamente, en su pretensión principal. Los males institucionales que siguieron desde entonces, en toda la región –inestabilidad política, abusos de autoridad, dependencia judicial, opacamiento del Congreso- mostraron orígenes diversos, pero sin lugar a dudas, aquel pecado original tuvo mucho que ver en ello. En América Latina, los desequilibrios futuros tendrían que ver, claramente y también, con aquella primera decisión de apartarse del modelo de frenos y contrapesos que a la vez se pretendía suscribir.

Diálogo en el marco de un modelo agonal

El sistema de frenos y contrapesos creado en el siglo 18, en cualquiera de sus dos versiones principales (ya sea en la versión más “pura” de los Estados Unidos, ya sea en la versión “desbalanceada” de América Latina) apareció desde entonces como un sistema poco favorable a la cooperación política y el diálogo. Más específicamente, el modelo en cuestión, antes que la alentar la cooperación, buscaba contener la confrontación; antes que promover el diálogo, buscaba canalizar la agresión; antes que favorecer el aprendizaje y la ayuda mutuas, buscaba impedir la destrucción de unos a otros.

Por lo dicho, y tal como viéramos más arriba, el sistema ideado fue pródigo en la creación de elementos defensivos y ofensivos, más que de mecanismos para el diálogo: el veto presidencial; la posibilidad de eliminar una norma del sistema, o de contener sus efectos

sobre un caso concreto; los bloqueos mutuos entre el Presidente y las Cámaras; los mecanismos de freno y “enfriamiento” de cada una de las Cámaras sobre la otra; las iniciativas de juicio político cruzadas.

A pesar de el sesgo, agonal antes que dialógico, que caracteriza al sistema de frenos y contrapesos, ha habido muchos intentos para mostrar al sistema de los frenos y contrapesos como compatible con –sino como directamente favorable a- la promoción de la discusión pública. En las páginas que siguen, y conforme a lo anticipado, vamos a examinar tres intentos importantes en este sentido.

i) *El sistema de frenos y contrapesos en la promoción del diálogo*

Ante todo, algunos autores se han empeñado en mostrar de qué modo, una organización institucional con rasgos como los examinados en el modelo de frenos y contrapesos, puede favorecer el diálogo público. Conforme a este punto de vista, el hecho de que el poder esté dividido, y que las decisiones se deban tomar entre ramas diversas de gobierno, a partir de mecanismos de *checks and balances*, ayuda a que las iniciativas normativas se moderen, se maten, y se enriquezcan con puntos de vista diversos.

Una manera de articular esta defensa del sistema de frenos y contrapesos puede tomar como punto de partida las virtudes de dicho sistema como mecanismo para *transformar las preferencias* de quienes participan en el mismo. De hecho, todos los que rechazamos la idea de que la democracia sea considerada, meramente, como un instrumento para la *agregación de preferencias*, podemos sentirnos atraídos, en principio, por mecanismos que sirvan para procesar y modificar a las mismas (Elster & Hylland 1989). Desde concepciones diferentes de la democracia podemos coincidir en la idea de que el sistema en cuestión debe servir para transformar las preferencias de los involucrados, antes que para –simplemente- acumular a las mismas. La idea es que las preferencias de la ciudadanía no deben tomarse como elementos *dados* e inmodificables, sino como resultados endógenos de un proceso en donde intervienen, muchas veces, prejuicios, resignaciones, injusticias, desigualdades injustificadas. Pensemos en el caso de las pretensiones racistas y discriminatorias, desigualitarias en materia de género, machistas: la idea es que la democracia no se contente sólo con la sumatoria incuestionada de esas demandas, sino que ayude a que procesemos colectivamente esas demandas, confrontándolas con las de los demás. Ello, no por asumir que luego de ese intercambio todos van a pasar a sostener pretensiones justas, sino por una convicción relacionada con el valor de la revisión crítica de las preferencias de cada uno –el valor de someter las preferencias de todos, cualesquiera sean, a un proceso de “lavado” crítico (Goodin 1986). En definitiva, sistemas como el de los frenos y contrapesos resultarían atractivos en este sentido, por el modo en que favorecerían la transformación y revisión de las preferencias de los distintos actores.

A través de características como las citadas –se nos dice- sistemas como el de frenos y contrapesos deberían ser considerados más atractivos que sus alternativas mayoritaristas, que resultarían menos sensibles al diálogo y más proclives a la imposición, vertiginosa y no discutida, del punto asociado con el grupo mayoritario (Sunstein 1985, 1988, Holmes 1988). Según el constitucionalista Cass Sunstein, por ejemplo, los “padres fundadores” del

sistema constitucional norteamericano crearon “un ambicioso sistema de ‘gobierno a través de la discusión,’ en el que los resultados serían alcanzado luego de amplios procesos de deliberación pública. Un sistema que no premia la autoridad o el privilegio, sino a los argumentos presentados y resueltos a través de una discusión general” (Sunstein 1993b, xvi). Autores como Cass Sunstein, por lo demás, han asociado a los sistemas alternativos – básicamente, las opciones mayoritaristas sobre cómo pensar la democracia- con mecanismos de “instrucciones” y “revocatoria de mandatos” que, en su opinión, convertían a los representantes en meros “muñecos parlantes” de sus representados.

Todos estos argumentos, sin embargo, son claramente controvertibles, tanto los que refieren a los méritos dialógicos del sistema de frenos y contrapesos, como los que se dirigen a criticar los sistemas alternativos. Para comenzar por esto último, señalaría que no hay nada en la naturaleza de un sistema mayoritarista que impida el intercambio de argumentos y la mutua corrección de posiciones, sobre todo, si ese sistema mayorista se muestra sensible a la opinión pública –opinión pública que puede exigir medidas diversas en diversos momentos, y que puede conformarse por corrientes de opinión también diversas y cambiantes. Es cierto que los sistemas originales de “separación estricta” – pienso en las legislaturas de Pennsylvania o Rhode Island, luego de la revolución independentista- fueron habitualmente acusados de producir decisiones apresuradas y violatorias de derechos. Pero también lo es que, en el mismo momento en que se producían esas críticas, había buenas razones para concluir lo contrario. Legislaturas como la de Pennsylvania introdujeron novedades impensadas en la época, como la de abrir la discusión de las iniciativas de ley a la ciudadanía, antes de su aprobación; e incorporaron mecanismos de transparencia y publicidad en sus procedimientos de sanción de leyes que eran también inéditos para la época.⁸ Pueden agregarse observaciones similares en torno a los deméritos de herramientas tales como las instrucciones obligatorias o la revocatoria de mandatos. En efecto, del hecho de que un representante se “obligue” a votar, pongamos, una ley de aborto, no se sigue que ese mismo representante no pueda impulsar y poner en discusión múltiples otras iniciativas, ni –lo que es más importante- no se sigue tampoco que esa normativa sobre el aborto no exija de numerosas otras discusiones, relativas a los tiempos, plazos, modos, restricciones o condiciones sobre cuándo podría ser permisible el aborto y cuándo no (Sunstein 1993).

Por otro lado, podría agregarse que no es nada claro que los sistemas del tipo de *checks and balances* resulten favorables al diálogo transparente. Por ello mismo, conviene analizar con algún detalle mayor cómo es que funciona ese proceso de idas y vueltas, y transformación de preferencias, en los sistemas de frenos y contrapesos, sobre todo teniendo en cuenta el tipo de disonancia que suele existir entre las iniciativas o “inputs” que el sistema recibe, y los “outputs” o resultados que el mismo genera.

⁸ Thomas Paine, ideólogo de la Constitución de Pennsylvania de 1776, consciente de las críticas de que era objeto su propuesta constitucional, ofreció dividir la legislatura unicameral en dos cuerpos, por sorteo, frente a la sanción de cada ley, de modo tal de enfatizar dos cosas: primero, la apertura de su sistema constitucional hacia los mecanismos de “enfriamiento legislativo,” y segundo, su crítica a la posibilidad de que dicho “enfriamiento” implicara, en verdad, el reemplazo o distorsión de la voluntad ciudadana, a través de la presencia de órganos compuestos por los grandes propietarios u otro sector corporativo (Paine 1987, Gargarella 2010, 2013).

Ante todo, señalaría, el sistema de los frenos y contrapesos, tal como lo conocemos (en cualquiera de las versiones arriba expuesta –ya sea norteamericana o latinoamericana), no nos ofrece un modelo atractivo de procesamiento de preferencias. En efecto, el mismo, en lugar de ayudarnos a “limpiar” de prejuicios y dogmas nuestras creencias –en lugar de someter las diversas preferencias a un proceso colectivo de revisión crítica- mezcla, superpone, quita por la fuerza, ciertas demandas, las recorta y modifica por razones que sólo eventualmente tienen que ver con “la fuerza del mejor argumento”. Ello así, por un lado, por la preferencia que el sistema institucional parece darle a la *negociación* frente a la *argumentación* (Elster 1991). Puede ocurrir, entonces, que una norma sobre seguridad pública sea modificada no por afectar injustamente a un grupo, o por no cubrir adecuadamente ciertas garantías, sino como prenda de negociación en una disputa sobre la obra pública. El mecanismo general de procesamiento y “transformación” de preferencias parece mostrarse, en los hechos, menos sensible a la argumentación que al intercambio de favores y el juego de intereses. Este tipo de circunstancias, de hecho, han favorecido conocidas críticas del sistema –como las de Carl Schmitt- basadas, justamente, en la falta de transparencia y ausencia de diálogo que lo caracteriza, o en su carácter burdamente sensible a los reclamos de los grupos de interés (Schmitt 1992).

Carlos Nino ejemplificó el sistema en cuestión –y su poca relación con el ideal del diálogo o un atractivo proceso transformación de preferencias- del siguiente modo. Una decisión cualquiera –pongamos, sobre la política de seguridad- antes de convertirse en norma vigente para todos, debe atravesar un proceso “sumamente complejo en el cual...intervienen los gobernadores, Legislaturas y los jueces de los Estados, elegidos generalmente en diferentes tiempos...; el Presidente, el Senado y la Cámara de Representantes, también elegidos en diferentes tiempos por un procedimiento muy diferente...; y los jueces federales, en especial la Corte Suprema, que pueden limitar la acción estatal o federal sobre la base de una interpretación de la Constitución que puede estar basada en la voluntad de la población que vivió hace doscientos años.” Nino concluía su examen, entonces, afirmando que: “No hay ninguna garantía en absoluto de que el resultado de esta engorrosa mezcla de diferentes decisiones, que pueden responder en última instancia a una combinación de conclusiones de debates diferentes, llevados a cabo por diferentes grupos de gente en diferentes tiempos, tenga alguna semejanza con el consenso mayoritario que se obtenga después de un debate abierto y libre que se tenga, en la actualidad, entre toda la gente interesada” (Nino 1992, 578). Lo dicho por Nino, según entiendo, sirve para desafiar una idea errada, conforme a la cual “cuantas más voliciones inciden en la decisión adoptada, más esa decisión refleja la voluntad de la gente que esas voliciones representan” (ibid., 579).

En verdad, la situación real que ofrecen nuestras democracias es todavía menos atractiva que la que Nino describe. Ocurre que, como sugiriera más arriba, nuestro sistema no sólo se alimenta de “inputs” diversos, llegados en diversos momentos, y provenientes de oficiales públicos con legitimidades también diversas. Nuestro sistema absorbe numerosas razones no-públicas, provenientes –por caso- de demandas políticas poco visibles, impulsadas por lobistas de distinto tipo; o reclamos extorsivos que exigen apoyar o rechazar un determinado proyecto de ley, no por su contenido intrínseco o con motivo de las razones públicas en las que se apoya, sino a cambio de votos o recursos destinados a apoyar proyectos de naturaleza diferente. El punto es, en definitiva, que el proceso de

intercambios y “transformación de preferencias” que propone el sistema de frenos y contrapesos no resulta particularmente atractivo desde una óptica deliberativa: la yuxtaposición de opiniones –la suma de retazos o “patchwork”- tiene poco que ver, en verdad, con un proceso, aún frágil, aún imperfecto, de intercambio de razones.

ii) *La revisión judicial como actividad dialógica*

En este segundo apartado, quiero referirme a una serie de estudios que se han ocupado de mostrar cómo es que el ejercicio del control judicial de constitucionalidad puede entenderse mejor como una práctica conversacional, que incluye un diálogo entre el Poder Judicial y las ramas políticas de gobierno, y que se extiende, eventualmente, al resto de la sociedad.

Para examinar esta aproximación al tema me concentraré en el trabajo de Alexander Bickel –principalmente, el que apareciera en su famoso libro *The Least Dangerous Branch*- y sobre todo en uno en uno de los desarrollos más maduros y empíricamente articulados que ha tenido aquella teoría en nuestro tiempo. Pienso, en particular, en los escritos del profesor Barry Friedman, que constituyen una de las mejores vindicaciones constitucionales del diálogo judicial, y que tomaré como foco principal de mi atención (Friedman 1993, 2010).⁹

Para comenzar, señalaría que todo el desarrollo intelectual de Bickel puede ser visto como muy marcado por su trabajo como *clerk* del juez Félix Frankfurter. De este juez, Bickel retomó su preocupación por las tensiones democráticas entre la labor de los jueces y la responsabilidad de los legisladores y políticos. Conservador en su examen de la función judicial, Bickel se mostraba preocupado frente al tipo de activismo al que se había animado una Corte como la presidida por el *Justice* Earl Warren, y que culminara con decisiones como *Brown vs. Board of Education*. Bickel imaginaba para los jueces un papel diferente, más modesto, dentro del sistema democrático, en donde aquellos actuaban como estadistas liderando prudentemente una conversación con las otras ramas del poder sobre las grandes controversias públicas.¹⁰ Ello así, muchas veces poniendo en juego sus “virtudes pasivas”, y muchas veces tratando de “desentrañar respuestas” en un “coloquio socrático con las otras instituciones de gobierno y con la sociedad como un todo, en relación con la necesidad de adoptar tal o cual decisión, tal o cual compromiso” (Bickel 1967, 70-1, 206, 240).

Friedman, según entiendo, ha retomado y llevado más lejos el análisis bickeliano, para terminar ofreciendo un detallado examen del funcionamiento actual del sistema de frenos y contrapesos, enfocado en las interacciones dialógicas entre la justicia y la política. Conforme a Friedman, dicho examen nos permite reconocer el tipo de conversaciones que pueden darse y de hecho se dan, dentro del sistema institucional, en donde los tribunales,

⁹ El propio Friedman examina con detalle el trabajo de Bickel, en relación con la esencia de su propio trabajo, por ejemplo, en <http://www.scotusblog.com/2012/08/online-alexander-bickel-symposium-learning-about-the-supreme-court/>

¹⁰ Ver, por ejemplo, Kronman 1985, http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2063&context=fss_papers

especialmente los superiores, pueden jugar un papel fundamental, como coordinadores y promotores de dicho diálogo (en sentido finalmente similar, Balkin 2011).

Friedman presenta un trabajo empírico interesante, a través del cual trata de demostrar la efectiva existencia de un diálogo institucional que llega a abarcar a toda la sociedad. Para él, “la revisión judicial es, de modo significativo, mucho más interactiva e interdependiente (de las otras ramas de poder) que lo que se considera habitualmente. La Constitución no es interpretada por jueces que están en lo alto, que imponen su voluntad sobre el pueblo. Por el contrario, la interpretación constitucional es una discusión elaborada entre los jueces y el cuerpo político” (Friedman 1993, 653).

En uno de sus textos más relevantes sobre la cuestión, Barry ilustra su postura con una historia corta, vibrante, que vendría a representar de qué modo tiende a darse el diálogo colectivo en materia de interpretación constitucional. Dice entonces: “La Corte dicta su decisión...Alguna gente está de acuerdo con la Corte, otros están indignados...Se escriben artículos...Se presentan nuevas demandas...El ciclo de acción crea más atención en los medios...Las personas empiezan a tomar partido...Se desata una campaña política...Los candidatos son electos...Nuevos jueces son nombrados...la Corte Suprema finalmente ‘escucha’ al pueblo...La Constitución es *re* interpretada, y su significado cambia” (ibid., 656-7).¹¹

Hay mucho que decir sobre la posición de autores como Bickel o Friedman, pero aquí sólo haré referencia a unas pocas cuestiones, que son las que resultan más pertinentes para nuestra discusión actual sobre el diálogo en materia de Constitución (Gargarella 2005). Mis objeciones pueden sintetizarse en una línea: Considero que la presentación Friedman no toma en cuenta las limitaciones estructurales que obstaculizan el desarrollo del diálogo judicial, y que nos sugieren no utilizar la noción de “diálogo” para describir la práctica que ella describe.

Ante todo, correspondería hacer la pregunta sobre quién discute, desde qué posición, y sobre qué. En tal sentido, convendría decir que es difícil llamar “diálogo democrático” a uno en donde los participantes se encuentran situados en posiciones tan desiguales. Por supuesto, es posible decir que tanto la Corte como el público participan, de algún modo, en una “conversación” que se desarrolla a lo largo del tiempo, en torno a temas de máxima relevancia pública. Sin embargo, el hecho es que una de las partes en esta conversación grita, se queja, escribe en los periódicos, y litiga...mientras que la otra simplemente decide. Como diría Jeremy Waldron, hay algo ofensivo en esa situación, para cualquier demócrata que se precie de tal (Waldron 1993). Y es que la conversación puede seguir y seguir, pero las posiciones desiguales permanecen: una parte se queja y la otra parte es la que resuelve cómo tratar esa queja. La conversación del caso es como la que toma lugar en el contexto

¹¹ Existe un vínculo obvio e interesante entre el trabajo de B. Friedman y el de autores inscriptos en el “constitucionalismo democrático,” como Robert Post y Reva Siegel. Como Friedman, Post y Siegel se interesan por mostrar las relaciones que de hecho se dan (y que por lo demás, tales autores valoran y promueven) entre el accionar de la justicia y la sociedad civil –ellos se centran en particular en las relaciones que aparecen entre el poder judicial y movimientos sociales como los orientados a la defensa de los grupos raciales más perseguidos, o los movimientos feministas que abogan por reivindicaciones en materia de género (i.e., Post & Siegel 2007, Siegel 2004). Agradezco a Ramiro Álvarez Ugarte por este comentario.

de una familia controlada por un autoritario *pater familiae*. La familia entera puede, ocasionalmente, involucrarse en una discusión, pero lo hace de modo habitual sabiendo que lo que sus miembros tienen para decir no importa demasiado: la decisión final (decisión que va a afectarlos primaria y directamente) va a depender básicamente de la voluntad más o menos discrecional del jefe de familia, que será quien en última instancia defina si va a tomar en cuenta o no los reclamos de sus parientes.

En segundo lugar, el hecho anterior –el hecho de que los participantes en el diálogo partan de posiciones tan marcadamente disímiles– resulta agravado a consecuencia del estatus social diferente que suelen tener los participantes. Por caso, los jueces –y muy en particular los Jueces de la Corte Suprema– tienden a ser seleccionados entre los sectores más pudientes de la sociedad (los más ricos, los que han tenido acceso a mejor educación), mientras que muchos de los individuos involucrados en los litigios provienen de sectores sociales más bajos. La combinación de estas diferencias en poder y estatus tiende a crear dificultades muy fuertes en las instancias de diálogo. Un ejemplo puede ayudar a reconocer mi reclamo. Recientemente, tuve la oportunidad de seguir las audiencias públicas organizadas por la Corte Suprema Argentina con el objeto de discutir con representantes de comunidades indígenas sobre la explotación del litio en sus territorios. Tales audiencias resultaron muy problemáticas por muchas razones, aunque aquí me limitaré a hacer referencia a un solo tema relacionado con las mismas: los jueces se involucraron en tales discusiones desde una posición de distanciamiento y falta de empatía que resultaba sorprendente para todos los que se encontraban presentes. Por supuesto, uno puede circunscribir esta historia al nivel de una mera anécdota. Sin embargo, insistiría con ella para señalar que dicha anécdota fue el resultado de ciertos hechos estructurales que todavía siguen caracterizando a nuestra organización institucional.¹²

En tercer lugar, se encuentra el hecho de la formación endógena de preferencias. El punto sería el siguiente: la (habitualmente conservadora) Corte Suprema no sólo es una voz importante en el diálogo colectivo, sino una que moldea decisivamente los puntos de vista de los demás. Si este tipo de resultados (pongamos, la resignación de muchos de los directa o potencialmente afectados por la decisión) se vinculara, exclusivamente, con la autoridad moral superior del tribunal, la cuestión no resultaría problemática. Sin embargo, el hecho tiene demasiado que ver con la posición autoritativa del tribunal: todos sabemos que es extremadamente difícil revertir una decisión del superior tribunal (razón por la cual solemos decir que tales tribunales superiores concentran la “última palabra” institucional).

En cuarto lugar, se encuentra la cuestión del tiempo. Según entiendo, una sociedad democrática tiene el derecho de recibir una atención debida frente a sus reclamos, sin las dilaciones usualmente impuestas por una Corte que, por buenas o malas razones, tiende a ser (en un sentido amplio del término) conservadora en sus pronunciamientos. El hecho es, sin embargo, que la Corte no cambia de modo habitual sus propias decisiones, y que en las raras ocasiones en que lo hace, toma demasiado tiempo para hacerlo. Pensemos, por ejemplo, en el cambio de posición que asumió la Corte al pasar, desde su decisión en

¹² Es posible encontrar una crónica de tales audiencias, por ejemplo, en la página del *Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas*, <http://odhpi.org/2012/03/corte-suprema-mineria-y-pueblos-indigenas/>

Bowers v. Hardwick 478 U.S.186, 1986 (criminalizando la homosexualidad) a *Lawrence v. Texas* 539 U.S. 558, 2003 (invalidando las leyes de sodomía). El cambio tomó casi 20 años, que representaron 20 años adicionales de humillación propiciada, desde el Estado, a una parte importante de la población.

En quinto lugar, el diálogo colectivo vibrante presentado en la historia de Friedman puede representar una descripción atractiva de unos pocos, y más bien excepcionales, casos judiciales. De hecho, no es casual que el ejemplo que elige Friedman para dotar de substancia a su historia tenga que ver con el caso del aborto. Lamentablemente, sin embargo, lo ocurrido en el caso del aborto –una cuestión especialmente ríspida y saliente en la discusión pública- resulta totalmente excepcional. La historia del derecho se encuentra fundamentalmente compuesta por historias pequeñas, de día a día, referidas a injusticias invisibles, sufridas por grupos e individuos cuyas historias no alcanzan las arenas informales descritas en la excitante pintura presentada por Friedman sobre la justicia dialógica.

De modo adicional, se encuentra el hecho de que la arena democrática se advierte severamente afectada por la influencia del dinero en la política y en los medios de comunicación. Dados los niveles de injusta desigualdad que caracterizan a las sociedades democráticas, la influencia del dinero implica que las voces de numerosas personas no son escuchadas en la práctica, mientras que las voces de unos pocos beneficiados se encuentran amplificadas extraordinariamente por razones que son ajenas a sus capacidades, su habilidad para comunicar, o la importancia del mensaje que tienen para transmitir. En suma: no tenemos buenas razones para descansar en esas arenas democráticas, tal como hoy se encuentran organizadas y moldeadas.

Finalmente, el problema con el que estamos lidiando no desaparece luego de que reconocemos la existencia de canales informales de comunicación entre el pueblo y los oficiales públicos, o luego de advertir que las visiones de los jueces y los ciudadanos tienden a converger, luego de un número de años (Friedman 1993). El problema, tal como lo pusiera famosamente Alexander Bickel, es uno que nos afecta a todos, en el “aquí y ahora”: qué es lo que puede hacer el pueblo a la luz de una decisión pública que considera profundamente equivocada, y qué es lo que puede hacer a favor de otra que considera imperioso adoptar (Bickel 1967).

iii) *Sobre el valor de las nuevas iniciativas dialógicas*

Comenzamos este trabajo dando cuenta de una diversidad de novedades institucionales, a través de las cuales el constitucionalismo de nuestro tiempo reconocía y trataba de dar respuesta a problemas tradicionales en la disciplina. Los problemas reconocidos (problemas muchas veces negados) tenían que ver con el carácter contramayoritario de la justicia; la más débil legitimidad de ésta en relación con los órganos políticos; o el compromiso de asegurar que en una sociedad democrática las decisiones más importantes queden en manos de la propia comunidad. El tipo de soluciones que el nuevo constitucionalismo ideó, frente a tales problemas, tenían que ver con la adopción de mecanismos dialógicos de diferente tipo; la promoción de un papel más protagónico para los órganos políticos; y, en el mejor de los casos, mayores espacios para la consulta a los

propios afectados. Iniciativas como las citadas resultan en todos los casos interesantes, y nos hablan de formas de relación entre los poderes –y en particular, formas de intervención judicial- que se muestran posibles; valiosas en términos de la protección de derechos; y por encima de todo, justificadas, desde una posición preocupada particularmente por la legitimidad democrática del proceso de toma de decisiones. Por ello mismo, tiene sentido celebrar la llegada de las mismas, y promover su difusión y proliferación

El problema con tales innovadoras medidas es que, enmarcadas en la vieja estructura -total o casi totalmente inmodificada- de los frenos y contrapesos, ellas tienden a frustrarse al poco de andar o ven seriamente acotados sus efectos, a raíz de los aspectos intocados y agonales del sistema; quedan como experiencias más o menos aisladas, promovidas ocasionalmente por algunos funcionarios (bienintencionados o deseosos de quitarse un problema de encima); o nos refieren a nuevas prácticas institucionales interesantes, pero que no pueden describirse claramente como prácticas de diálogo.

Parte del origen de problemas como los citados puede vincularse con el peso más bien reaccionario de las viejas estructuras institucionales sobre las nuevas prácticas. Este problema ha resultado especialmente notable y visible en el área de los derechos indígenas. En dicho respecto, la obligación de consulta a los pueblos afectados terminó resultando muy habitualmente socavada o desnaturalizada por las fuerzas dominantes, institucionalmente bien establecidas. En ocasiones, las consultas debidas directamente no se realizaron; en otras se realizaron de un modo por completo desprovistas de sentido (consultando de modos informales y superficiales a las poblaciones en situación de vulnerabilidad); y en otras más se encontraron las vías para circunvalar o diluir la oposición indígena manifestada en la consulta. Piénsese, por caso, en el ejemplo de Colombia y los quince años de disputa continua vinculados con el derecho de consulta reclamado por el pueblo u'wa, en relación con un proyecto de extracción petrolera; o la más reciente disputa surgida en Perú, 2009, en torno a nuevos proyectos mineros que afectaban a indígenas amazónicos que no fueran consultados de modo directo, a pesar del modo en que tales iniciativas perjudicaban sus derechos (Rodríguez Garavito et al 2010). O recuérdese el testimonio de James Anaya, Relator Especial de las Naciones Unidas en materia de derechos de los pueblos indígenas, señalando que la mayoría de los problemas que llegan a su atención se refieren a “la falta de consulta adecuada a los pueblos indígenas, en particular sobre decisiones relacionadas con proyectos de desarrollo o de extracción industrial de recursos naturales en sus territorios.”¹³ Problemas como los citados han alcanzado una relevancia tal que muchas comunidades indígenas han optado, directamente, por dar la espalda o rechazar las propuestas de consulta, convencidos de la inutilidad de las mismas, o de su carácter finalmente manipulativo.

Si prestamos atención, ahora, a las varias formas del modelo del *Commonwealth*, nos encontramos en general con prácticas renovadas y atractivas, pero que no es sencillo clasificar como prácticas dialógicas, en un sentido estricto. Ante todo, podría decirse que, aún dentro de los defensores del nuevo sistema como “sistema dialógico,” existen dudas tanto respecto de la posibilidad de considerar como situaciones de diálogo algunas de las

¹³<http://unsr.jamesanaya.org/statements/el-deber-estatal-de-consulta-a-los-pueblos-indigenas-dentro-del-derecho-internacional>

instancias entonces abiertas, como respecto de la importancia efectiva de los casos más claros. Como señalara A. Petter, “los teóricos del diálogo (han tendido a) exagerar la influencia de las legislaturas respondiendo a las decisiones judiciales...no todas las respuestas legislativas pueden considerarse instancias de genuino diálogo, y muchas pueden ser caracterizadas mejor como reflexiones sobre, más que como respuesta a, las normas judiciales” (Petter 2003, 8). De modo similar, Christine Bateup ha cuestionado el hecho de que algunos investigadores incluyan lo que son “simples rechazos a leyes impugnados, y enmiendas legislativas que incorporan meramente algunas sugerencias de los jueces como ejemplos de respuestas legislativas dialógicas” (Bateup 2007, 11). De forma aún más relevante, Bateup ha considerado “difícil describir a situaciones de ‘simple aceptación’ (por parte de la legislatura) como evidencia de un diálogo real e interactivo entre iguales”. Para ella, “este tipo de respuestas parecen más propias de la aquiescencia legislativa...con las decisiones judiciales” (Bateup 2011, 11; ver, también Hogg; Bushell & Wright 2007). Según la autora citada, críticas como las referidas, comunes entre los analistas de la materia, “ponen en cuestión la utilidad del concepto de diálogo entre distintas ramas de poder” (ibid., 12).¹⁴ Desde el ideal regulativo democracia deliberativa, no necesitamos decir que los “diálogos” que se describen no son tan perfectos como los que podría requerir el ideal en su forma más plena. Más bien lo contrario, señalaría que tales “diálogos” se parecen demasiado poco a lo que el ideal en cuestión calificaría como tal.

De modo todavía más relevante, y en línea con lo que planteáramos a lo largo de este trabajo desde un comienzo, resulta difícil considerar como diálogo una situación en donde las distintas partes no se encuentran situadas en posición de igualdad, sino que una de ellas aparece, en los hechos, como ubicada en un lugar de dominación. En tal sentido, y refiriéndose al funcionamiento de la Carta de Derechos canadiense, A. Petter ha señalado que “los teóricos del diálogo han desdeñado la posición privilegiada que los tribunales ocupan en los diálogos sobre la Carta” (Petter 2003, 11). Él refiere, además, a los estudios empíricos que han dejado en claro “el tipo de relación jerárquica que existe entre el Poder Judicial y la Legislatura en...los casos que la teoría del diálogo se proponía refutar” (ibid., ver también Cameron 2001). En un sentido similar, Roach también reconoce los riesgos de que el diálogo degenera en situaciones de “monólogo o supremacía judicial” (Roach 2004, 75-6). Cuando tomamos en cuenta la relación jerárquica que puede existir, en los hechos, entre instituciones políticas y judiciales, volvemos a reconocer el tipo de problemas que examináramos ya, al estudiar el sistema americano de control judicial, en la interpretación defendida por Bickel o Friedman (por lo cual, me remito a dicho apartado para renovar mis críticas al respecto).

¹⁴ Por otro lado, varios autores han cuestionado los mejores estudios empíricos presentados en Canadá, en relación con este tema, mostrando que ellos tendían a clasificar como instancias dialógicas algunos casos que difícilmente podían ser considerados como tales. Ver, por ejemplo, los trabajos de Christopher Manfredi y James Kelly reexaminando los datos presentados como ejemplos de diálogo judicial, en algunos de los estudios más influyentes en el área, como los de Hogg and Bushell. En su conclusión, Manfredi y Kelly afirmaron que “el diálogo es mucho más complejo, y mucho menos extendido que el reportado en Hogg y Bushell” (Manfredi & Kelly 1999, 524-25). De modo similar, C. Bateup se refirió a los débiles estándares utilizados por Hogg y Bushell para testear el alcance de las interacciones dialógicas, que quedaron concentrados en casos en donde hubo “algún tipo de acción por parte del cuerpo legislativo competente” (Bateup 2011, 12).

Ya sea por la “posición privilegiada” de los tribunales, o la dominancia de las viejas estructuras, los ejemplos latinoamericanos arriba referidos no difieren grandemente de los que aparecen en el mundo anglosajón. En ellos también pudo advertirse de qué modo, las celebradas, atractivas, interesantes instancias de diálogo judicial resultaban finalmente frenadas, desactivadas o distorsionadas por rezagos o vicios ligados a la práctica tradicional. Las valiosas audiencias públicas convocadas por la justicia, en materia de salud, en Brasil; o en relación con la Ley de Medios, en la Argentina, terminaron desembocando en instancias típicas de decisionismo judicial, aunque abiertas, previamente, al reconocimiento de voces antes no escuchadas. En los casos más ríspidos, y más incómodos para los viejos poderes, las instancias de diálogo terminaron siendo abortadas casi antes de empezar, tal como ocurriera en Colombia, en materia de reorganización carcelaria. En otras ocasiones, como ocurrió en la Argentina en el caso de los ajustes jubilatorios, la decisión de la Corte –orientada a iniciar un diálogo con el poder político, antes que a imponerle una decisión- terminó con reiteradas desatenciones del diálogo, por parte de los poderes interpelados (*Badaro*).¹⁵ Finalmente, y lo que ha constituido seguramente el principal problema de estas medidas dialógicas, es que ellas han quedado demasiado apegadas a la decisión discrecional del órgano judicial. En la actualidad, por tanto, no puede decirse algo así como que las Cortes de Colombia, Argentina o Brasil son Cortes “dialógicas.” Más bien, se trata de Cortes que eventualmente –y sin anoticiarnos de cuándo, en qué casos, por qué razones- utilizan herramientas dialógicas.¹⁶

Un problema en común: Diálogo entre elites

Llegados a este punto, quisiera aludir a una cuestión que es de las más cruciales en todo este análisis, y que tiene que ver con la ausencia efectiva de las mayorías y minorías desaventajadas, en las instancias de diálogo imaginadas o sugeridas, descritas en las páginas anteriores.

En efecto, uno de los problemas más importantes que pueden asociarse con los mecanismos “dialógicos” de los que habla la literatura, refiere al poco espacio que dichos mecanismos reservan para una protagónica participación de la ciudadanía en los mismos. Dicha ausencia resulta especialmente notoria en algunas de las instancias de diálogo más celebradas por la literatura, y destinadas a recuperar un lugar central para la legislatura, en procesos de toma de decisiones demasiado marcados por la presencia de Poderes Judiciales híper-activos y Poderes Ejecutivos híper-poderosos.

Conforme hemos visto, la reivindicación del papel del Legislativo representa, tal vez, la nota más saliente de arreglos institucionales y discusiones doctrinarias como las que aparecieron en Canadá, en torno a la *notwithstanding clause*. Lo mismo puede decirse de los demás desarrollos ocurridos en el “modelo *Commonwealth* de constitucionalismo,” que optaron por formas de *revisión judicial débil*. Asimismo, la recuperación del valor del debate legislativo –a partir, incluso, de una “descripción rosa”- de la vida parlamentaria,

¹⁵ Fallos: 330:4866.

¹⁶ La literatura analizando los alcances, virtudes y límites de estos procesos es numerosa, y aquí no puedo dar cuenta debida de toda ella. Ver, por ejemplo, Rodríguez Garavito & Rodríguez (2010); Rodríguez Garavito & Arenas (2005); Puga (2010); Bergallo (2005); Maurino (2008).

constituye el aspecto más notable de buena parte de la obra de Waldron referida, justamente, a la “dignidad de la legislación” (Waldron 1999; Whittington 2000). Parte del trabajo realizado por los adalides del “constitucionalismo popular” (desde Kramer 2004, 2005, a Tushnet 2009) se dirigió, también, a criticar la apropiación judicial de la “última palabra” institucional, a expensas del legislativo. En síntesis, buena parte de la vida efectiva del constitucionalismo dialógico se centra en la afirmación de los poderes de la legislatura, opacados en los últimos (largos) tiempos, a partir de una práctica siempre hostil a las instancias legislativas.

Ahora bien, esta renovada celebración del papel del Poder Legislativo resulta llamativa, cuando advertimos la distancia que nuestras democracias aseguran entre todos los funcionarios públicos (se trate de miembros del Poder Judicial o, aún, de los poderes políticos) y la ciudadanía -distancia que las recientes oleadas de manifestaciones masivas (en Oriente u Occidente) solamente confirman. Dicha distancia, que aquí simplemente voy a tomar como dada, no nos refiere a una “degeneración progresiva” del sistema institucional, sino a resultados previsibles, en buena medida buscados, de dicho sistema (Gargarella 2010, 2013). Por ello las elecciones indirectas; los mandatos largos; la permanencia del voto como única instancia efectiva de control popular sobre el poder; la permeabilidad de la política al dinero; el entendimiento de la representación como “independencia” o “separación” entre representantes y pueblo; la falta de foros públicos igualitarios para la discusión de políticas, etc. Los argumentos para tal diseño institucional, como sabemos, eran variados, e iban desde la necesidad de permitir un debate sin presiones (el argumento de Edmund Burke), a la facilidad con que las “pasiones” tomaban el lugar de la “razón,” en los debates masivos (el argumento de Madison).

Como no tengo espacio para desarrollar una crítica al sistema político basado en la “distancia” y “separación” con el pueblo, aquí solamente diré lo siguiente, presumiendo el hecho de esa distancia (Manin 1997): en la medida en que las minorías más desaventajadas sigan contando con problemas para influir en política, y en general las mayorías populares cuenten con poco o ningún acceso efectivo y significativo a sus representantes políticos, luego, resulta difícil traducir la recuperación de un lugar más central para el Poder Legislativo como una recuperación del lugar del “pueblo” en la política. Por supuesto, desde un punto de vista democrático (a secas) tenemos razones para acompañar desarrollos como los citados, que vuelven a “recolocar” al legislativo en un lugar de importancia, vis a vis el Poder Judicial. Sin embargo, desde el punto de vista de los ideales igualitarios de una democracia deliberativa, tales desarrollos siguen dejándonos en una situación de desolación: mientras los cambios no sean de otro tipo, podemos decir, la política seguirá siendo asunto de otros. En otros términos, la política seguirá estando muy poco informada por las necesidades, prioridades, y particulares interpretaciones de la cosa pública que pueda tener la ciudadanía.

En tal sentido, la aparición de instancias tales como los “procesos de consulta” en materias que afectan a las comunidades indígenas; o las “audiencias públicas” celebradas en el ámbito judicial (o legislativo) representan, sin dudas, buenas noticias. Allí anida la promesa de un proceso de toma de decisiones más genuinamente vinculado con las expectativas ciudadanas. A pesar de ello, y como sabemos, todas estas novedades han aparecido muy “golpeadas”, en la práctica concreta. Ello así, ya sea porque el poder

político se ha ocupado de obstaculizar o socavar la importancia de tales eventos; ya sea porque los poderes políticos y judiciales se han seguido reservando la autoridad plena y final de decisión, frente a los mismos (Roach 2004, 93). Los debates, entonces, aparecen en la medida en que la voluntad discrecional de las autoridades de turno así lo indique; y el peso de tales intervenciones ciudadanas queda en absoluto dependiente –otra vez- de dicha voluntad discrecional. A lo largo de este trabajo, me interesó dejar en claro por qué es que este tipo de resultados, vinculados con la práctica efectiva de los sistemas de “frenos y contrapesos”, no pueden verse como azarosos o simplemente desafortunados, sino como resultados esperables, propios, de dicho sistema institucional.

Conclusiones

En este trabajo, defendí el valor de un sistema constitucional basado en el diálogo democrático, en contraste con uno basado en la idea de los frenos y contrapesos. Me interesó vincular ambas nociones para señalar, ante todo, que el sistema institucional dominante, basado en la lógica de los frenos y contrapesos, no sirve bien (sino que más bien obstaculiza) al desarrollo de una práctica apropiada de diálogo constitucional.

Según dijera en las páginas anteriores, el sistema de los frenos y contrapesos, surgido a partir de una historia de confrontaciones sociales, y legislaturas en apariencia hostiles frente a los demás poderes, vino a hacer frente a esa situación de conflicto institucional. Su objetivo fue entonces el de contener y canalizar la “guerra” social y política predominante, impidiendo las mutuas opresiones. Tales objetivos resultaban sin duda valiosos – particularmente en aquellos momentos originales, en donde el constitucionalismo aún no había consolidado estabilizarse- pero ellos, en todo caso, no se llevan bien con el propósito de consolidar una cultura dialógica. En síntesis, contamos hoy con un sistema organizado a partir de la lógica de la guerra, y el mismo –como es natural- no contribuye bien a facilitar la lógica del diálogo, que muchos se esfuerzan en impulsar.

En tal sentido, y de modo más específico, me interesó señalar lo siguiente Por un lado, me propuse decir que el sistema de frenos y contrapesos no merece ser re-descripto como favoreciendo el diálogo institucional sobre asuntos de interés público: es demasiado amplia la distancia que separa al ideal del diálogo democrático entre iguales, y las interacciones que hoy se generan entre las diversas ramas del poder. Ello así por varias razones pero, sobre todo, por la ausencia efectiva del “pueblo”, en ese reclamado diálogo democrático. Por otro lado, me preocupó señalar que las prácticas y reformas institucionales desarrolladas en los últimos años, y destinadas a promover respuestas más conversacionales, no encuentran un buen respaldo en el sistema de frenos y contrapesos. El mismo tiende a frenar o socavar, más que a favorecer, tales alternativas dialógicas. Por ello es que aquellas personas interesadas en promover un diálogo democrático entre las distintas ramas del poder, y entre ellas y la sociedad en su conjunto, deberían pensar en reformar al sistema de los *checks and balances*, antes que seguir insistiendo en dicho camino para consolidar un modelo de diálogo constitucional.

BIBLIOGRAFIA

- Ackerman, N. (1984), "Discovering the Constitution: The Economy of Virtue," *The Yale Law Journal*, vol. 93, 1013-1071.
- Ackerman, B. (1991), *We the People. Foundations*, Cambridge: Harvard U.P.
- Alberdi, J.B. (1981), *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Plus Ultra: Buenos Aires.
- Balkin, J. (2011), *Living Originalism*, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Balkin, J. & Siegel, R. (2009), *The Constitution in 2020*, Oxford: Oxford U.P.
- Bateup, C. (2007), "Expanding the Conversation: American and Canadian Experiences of Constitutional Dialogue in Comparative Perspective," 21 *Temp. Int'l L. J.* 1.
- Ben-Ner, A. & Putterman, L. (1998), *Economics, Values, and Organization*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Bergallo, P. (2005), "Justicia y Experimentalismo: La Función Remedial del Poder Judicial en el Litigio de Derecho Público en Argentina" en *Publicación del Seminario*, Buenos Aires, Editorial del Puerto.
- Bergallo, P. (2011), "Courts and Social Change: Lessons from the Struggle to Universalize Access to HIV/AIDS Treatment in Argentina", *Texas Law Review*, vol. 89, n. 7, 1611-1642.
- Bickel, A. (1962), *The Least Dangerous Branch*, New Haven: Yale University Press.
- Bohman, J. (1996), *Public Deliberation: Pluralism, Complexity, and Democracy*, MIT Press, Cambridge, MA.
- Bohman, J. and Rehg, W. (1997) (eds), *Deliberative Democracy*, MIT Press, Cambridge, MA.
- Bolívar, S. (1976), *Doctrina del Libertador*, Caracas: Biblioteca Ayacucho.
- Bosch, J. (1980), *Bolívar y la guerra social*, Santo Domingo, Editorial Alfa y Omega.
- Cameron, J. (2001), "Dialogue and Hierarchy in Charter Interpretation: A Comment on R. v. Mills," 38 *Alta. L. Rev.* 1051.
- Elster, J. (1991), Arguing and bargaining in the Federal Convention and the Assemblée Constituante, Working Paper - University of Chicago, August 1991.
- Elster, J. (ed.) (1998), *Deliberative Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Elster, J. & Hylland, A. (1989), eds., *Foundations of Social Choice Theory*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Farrand, M., ed. (1937), *The Records of the Federal Convention of 1787*, New Haven, Conn., Yale University Press.
- Fiss, O. (2003), *The Law as It Could Be*, New York: New York U.P.
- Friedman, B. (1993), "Dialogue and Judicial Review," 91 *Mich. L. Rev.* 577.
- Friedman, B. (2008), "Online Alexander Bickel Symposium," <http://www.scotusblog.com/2012/08/online-alexander-bickel-symposium-learning-about-the-supreme-court/>
- Friedman, B. (2010), *The Will of the People*, New York: Farrar, Straus and Giroux.
- Gardbaum, S. (2013), *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, Cambridge: Cambridge U.P.
- Gargarella, R. (2005), "Acerca de Barry Friedman y el control judicial de constitucionalidad," *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, Noviembre, 55-65.

Gargarella, R. (2007), "Should Deliberative Democrats Defend the Judicial Enforcement of Social Rights?" en S. Besson & J.L.Martí eds., *Deliberative Democracy and its Discontents*, Ashgate, England.

Gargarella, R. (2008), *The legal foundations of Inequality*, Cambridge: Cambridge University Press.

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

Gloppen, S. (2006), 'Analyzing the Role of Courts in Social Transformation', in R. Gargarella et al. (eds), *Courts and Social Transformation in New Democracies*, Ashgate, London.

Goodin, R. (1986), "Laundering Preferences," en J. Elster & A. Hylland, eds., *Foundations of Social Choice Theory*, Cambridge: Cambridge University Press.

Gruskin, S. & Daniels, N. (2008), "Justice and Human Rights: Priority Setting and Fair Deliberative Process," *American Journal of Public Health*, vol. 98.

Gutman, A. & Thompson, D. (2004), *Why Deliberative Democracy?* Princeton: Princeton University Press.

Habermas, J. [1992] (1996), *Between Facts and Norms*, (Original *Faktizität und Geltung*), trans. W. Rehg, MIT Press, Cambridge, MA.

Hamilton, A.; Madison, J.; Jay, J. [1787] (1982), *The Federalist Papers*, New York: Bantam Books.

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

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

Holmes, S. (1995), "Precommitment and the Paradox of Democracy," en J. Elster y A. Hylland, eds. *Foundations of Social Choice Theory*, Mass.: Cambridge U.P.

Jensen, M. (1967), *The New Nation. The United States During the Confederation*, New York: Alfred Knopf.

Kramer, L. (2004), "Popular Constitutionalism, Circa 2004, 92 *California Law Review* 959.

Kramer, L. (2005), *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford: Oxford U.P.

Kronman, A. (1985), "Alexander Bickel's Philosophy of Prudence," *Yale Law School Faculty Scholarship*, http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2063&context=fss_papers

Mæstad, O.; Rakner, L. & Motta Ferraz, O. (2011), "Assessing the impact of health rights litigation: A comparative analysis of Argentina, Brazil, Colombia, Costa Rica, India and South Africa," in S. Gloppen & A. Yamin, *Litigating Health Rights*, Cambridge: Harvard University Press.

Manfredi, C. & Kelly, J., "Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell, 37 *Osgoode Hall L. J.* 513.

Manin, B. (1997), *The Principles of Representative Government*, Cambridge: Cambridge University Press.

Maurino, G. (2008), "Consideraciones teóricas en torno al litigio estratégico", en ADC, *El litigio estratégico como herramienta para la exigibilidad del derecho a la educación. Posibilidades y Obstáculos*, Buenos Aires.

Nevins, A. (1927), *The American States During and After the Revolution*, New York: A. Kelley.

- Nino, C.S. (1991), *The Ethics of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- Nino, C.S. (1992), *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires: Astrea.
- Nino, C.S. (1996), *The Constitution of Deliberative Democracy*, Conn.: Yale University Press.
- Paine, T. (1987), *The Tomas Paine Reader*, Londres: Penguin Books.
- Paz Soldán, J. (1973), *Derecho constitucional peruano*, Lima: Ediciones Librería Studium.
- Petter, A. (2003), "Twenty Years of Charter Justification: From Liberal Legalism to Dubious Dialogue," *UNB Law Journal* 52.
- Pettit, P. (1999), *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford: Oxford University Press.
- Post, R. & Siegel, R. (2007), "Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash," *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 42: 373.
- Puga, M. (2010), *Litigio y cambio estructural en Argentina y Colombia*, Buenos Aires: CLACSO.
- Roach, K. (2004), "Dialogic Judicial Review and its Critics," 23 *Supreme Court Law Review*, 49-104.
- Rodríguez-Garavito, C. (2011), "Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America", *Texas Law Review*, vol. 89, n. 7, 1669-1698.
- Rodríguez Garavito, C.; Sousa Santos, B. (2005), *Law and Globalization from Below*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Rodríguez Garavito, C. & Arenas, L. (2005), "The Struggle of the U'wa People in Colombia," en C. Rodríguez Garavito & B. Sousa Santos, B., *Law and Globalization from Below*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Rodríguez Garavito, C. & Rodríguez, D. (2010), *Justicia Desplazada. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá: Uniandes.
- Schmitt, C. (1992), *The Crisis of Parliamentary Democracy*, Cambridge: The MIT Press.
- Siegel, R. (2004), "Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over Brown," *Harvard Law Review*, 117: 1470.
- Sunstein, C. (1985), "Interest Groups in American Public Law," *Stanford Law Review*, vol. 38, n. 1 (Nov.), 29-87.
- Sunstein, C. (1988), "Beyond the Republican Revival," 97 *Yale L. J.* 1539.
- Sunstein, C. (1993), *The Partial Constitution*, Cambridge: Harvard University Press.
- Sunstein, C. (1993b), *Democracy and the Problem of Free Speech*, New York: The Free Press.
- Sunstein, C. (2004), *The Second Bill of Rights*, Basic Books, New York.
- Thompson, D. (1999). 'Democratic Theory and Global Society', *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 7(2), pp. 111-125.
- Tushnet, M. (2008), *Weak Courts, Strong Rights*, Princeton: Princeton U.P.
- Vile, M. (1967), *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Oxford: Clarendon Press.
- Waldron, J. (1993), "A Rights-Based Critique of Constitutional Rights," *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, n. 1, 18-51.
- Waldron, J. (1999), *The Dignity of Legislation*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Waldron, J. (2001), *Democracy and Disagreement*, Oxford: Oxford University Press.
- Whittington, K. (2000), "In Defense of Legislatures", *Political Theory*, vol. 28n.5, 690-702.
- Wood, G. (1966), "A Note on Mobs in the American Revolution," *William and Mary Quarterly*, vol. XXIII, n.4: 635-642.

Wood, G. (1969), *The Creation of the American Republic 1776-1787*. New York: W. W. Norton & Company.

Wood, G. (1992), *The Radicalism of the American Revolution*. New York: Alfred Knopf.

Young, A. (1967), *The Democratic Republicans of New York*, Chapell Hill: The University of North Carolina Press.