

---

# ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?

ROBERTO GARGARELLA\*

## Resumen

Este trabajo explora qué implica defender un concepto deliberativo de la democracia respecto a la aplicación judicial de los derechos sociales. Aquí se analizan críticamente y, en primer lugar, las dos ideas de democracia que suelen fundamentar las decisiones de los jueces en materia de derechos sociales: la visión pluralista y la “rousseauiana”. Luego de mostrar los problemas propios de ambos enfoques, esta reflexión se pregunta sobre los significados de partir de una noción deliberativa de la democracia al decidir sobre la puesta en práctica o no de los derechos sociales.

## Abstract

This paper explores the implications of deliberative democracy for the judicial enforcement of social rights. In the first part of the paper, the author critically examines the two most common views of democracy that judges use, when they deal with cases concerning social rights, namely, the pluralist and the “rousseauan” views of democracy. In its second part, the author explores the implications of an alternative, deliberative notion of democracy, when dealing with social rights.

*Palabras clave:* control judicial de las leyes, democracia deliberativa, derechos sociales.

*Key words:* judicial review, deliberative democracy, social rights.

---

\* Doctor por la Universidad de Buenos Aires en 1991 y por la Universidad de Chicago en 1993. Investigador de la Universidad Di Tella en Buenos Aires.

## Introducción

**E**n este artículo exploraré lo que implica defender una concepción deliberativa de la democracia, en lo que atañe a la aplicación judicial de los derechos sociales. La idea de escribir este artículo surgió luego de un período de investigación que incluyó la lectura de numerosas decisiones judiciales en el área de derechos sociales. Presento algunas de las principales conclusiones de dicho trabajo que han servido aquí como punto de partida:

- i) No obstante la importancia que ha adquirido la teoría de la democracia deliberativa, la literatura sobre el tema parece haber tenido un impacto casi nulo en las decisiones judiciales sobre los derechos sociales. Esto desconcierta, particularmente porque los jueces, con frecuencia, refieren argumentos vinculados con la democracia cuando deciden en relación a los derechos sociales.
- ii) A pesar de la alta sofisticación argumentativa que han alcanzado numerosos jueces en los EU y en América Latina, es difícil encontrar una elaboración judicial interesante en sus referencias (más o menos explícitas) a la democracia, cuando se trata de casos relacionados con los derechos sociales. El resultado provoca extrañeza, si se considera que los magistrados han avanzado considerablemente en su pensamiento teórico acerca de la democracia en otras áreas del derecho, sobre todo en lo relativo a la libertad de expresión y la libertad de prensa.
- iii) En muchas de las decisiones examinadas fue posible reconocer el descuido en la transición hecha por los jueces desde las premisas democráticas a las conclusiones de lo que ellos debían hacer, o (más comúnmente) no hacer en cuanto a la aplicación de los derechos sociales. Típicamente, los jueces dejan clara su obligación de respetar la democracia y, desde allí, la importancia de respetar la voluntad del legislador, para sostener, a partir de tales premisas, su incapacidad de intervenir en el proceso que involucra la violación de algún derecho social (dado que el legislador no ha tomado iniciativas al respecto).
- iv) Finalmente, un último punto, tal vez el más sorprendente de todos: en sus argumentos relacionados con la democracia, muchos jueces en distintos momentos recurrieron (sobre todo) a dos nociones de democracia muy diferentes. Algunos apelaron a lo que llamaré una noción pluralista de la democracia, mientras que otros se referían a lo que definiremos como una noción más progresista, populista o participatoria. Lo notable es que, sin importar cuál de los conceptos opuestos se prefiriera, los jueces tendieron a la misma conclusión: respetar la democracia requiere que los jueces no pongan en práctica los derechos sociales.

Por supuesto, cuando los jueces fundamentan su decisión de no aplicar los derechos sociales, también utilizan otras justificaciones, además de aquella que se basa en los requerimientos de la democracia. Ellos afirman, por ejemplo, que los derechos sociales son muy costosos (mientras que los derechos civiles o políticos no lo son). En una línea similar, los jueces distinguen entre derechos “negativos” y “positivos” (o sea, derechos que exigen que el Estado se abstenga de actuar, y derechos que requieren que el Estado “haga algo” para cumplir con sus obligaciones). Y parten de la hipótesis de que a ellos se les permite forzar al Estado a “dejar de hacer algo”, pero que no pueden obligarlo a actuar “positivamente”. Otras veces, los jueces justifican su decisión de no aplicar los derechos sociales sustentados en la necesidad de respetar la separación de poderes (un argumento fuertemente asociado con el de la democracia, aunque no es igual a aquél). Ahora bien, pensando que ninguna de estas explicaciones es prometedora, en las siguientes líneas concentraré mi atención en el argumento democrático visto desde sus diversas formas, así como en los problemas surgidos con el uso de tal opción.

En la primera parte de este artículo, exploraré los enfoques pluralista y participativo de la democracia, y mostraré las consecuencias en el campo de la relación decisiones judiciales–derechos sociales que normalmente se derivan de ellos. Más en específico, analizaré el hecho curioso de que dos puntos de vista sobre la democracia completamente opuestos parecen conducir a las mismas recomendaciones respecto a la aplicación judicial de los derechos sociales. Después presentaré una tercera variación del argumento democrático que se relaciona con la teoría de la democracia deliberativa, y examinaré sus implicaciones respecto a la revisión judicial y, en particular, a la aplicación judicial de los derechos sociales.

## De la democracia pluralista a los derechos sociales

En resumen, los jueces que se adhieren a la visión pluralista parten del supuesto de que: i) una de sus principales obligaciones es respetar debidamente la voluntad del pueblo; ii) la “sede” o “*locus*” de la voluntad del pueblo es la Constitución; y iii) se le requiere la no práctica de los derechos sociales porque “el pueblo” no decidió incorporarlos a la Constitución.

Alexander Hamilton fue uno de los primeros pensadores que apoyaron este enfoque, en el cual la Constitución se considera como la “sede” principal y exclusiva de la voluntad popular. En el famoso documento núm. 78 de *The Federalist Papers*, Hamilton sostuvo que la voluntad genuina del pueblo residía en la Constitución, y no en las decisiones transitorias de la Legislatura. Por esa razón, él justificaba que los jueces, en ciertas circunstancias, “declarasen inválidos ciertos actos legislativos”. Desde su punto

de vista, esta conclusión no implicaba suponer la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Por el contrario, agregaba, ello sólo asumía que el poder del pueblo era superior al de ambas ramas del gobierno y, “en caso de que la voluntad de la legislatura —tal como está declarada en las leyes— fuera opuesta a la del pueblo —tal como está declarada en la Constitución—, los jueces debían ser gobernados por la segunda, en lugar de por la primera”. De esta manera, Hamilton iniciaba una nueva forma de pensar las relaciones entre la Constitución, la democracia, y el poder judicial. Más tarde, el Juez Marshall transformó esta opinión en un dictamen judicial histórico. En la bien conocida decisión *Marbury contra Madison*, él justificó la revisión y la supremacía judiciales, en tanto formas de proteger la verdadera voluntad del pueblo. Sostenía que, “el pueblo tiene el derecho original de establecer, para su futuro gobierno, principios tales como aquellos que, en su opinión, sean propicios para su propia felicidad”. Y añadió: “como la autoridad de la que proceden [estos principios] es suprema, y raramente puede actuar, dichos principios fueron diseñados para ser permanentes”. Por esta causa, y para él, los jueces no tenían más alternativa que invalidar todas las normas que desafiaban la autoridad de la Constitución, si lo que querían era proteger los principios consagrados por el pueblo como inviolables.

Por supuesto, para llegar a esa conclusión y definir cuáles normas desafiaban realmente la autoridad de la Constitución, los jueces tenían que partir de una perspectiva más amplia sobre el significado de la democracia, así como de una cierta teoría de cómo interpretar la Constitución. La teoría democrática que parece subyacer en este análisis se relaciona con lo que generalmente se denomina la visión madisoniana o pluralista de la democracia (denominaciones que consideraré como sinónimas), la cual estima que el objetivo de la Constitución es prevenir opresiones de unos sobre otros, en especial porque vivimos en mundo caracterizado por la presencia de *facciones*. Suponemos aquí que las facciones intentan extender sus poderes tanto como pueden, incluso a costa de la violación de los derechos de otras personas. Asimismo, este concepto de democracia concibe a la ciudadanía como un conjunto de personas motivadas principalmente por pasiones o por impulsos egoístas, que les impiden tomar decisiones racionales de acuerdo con los intereses de la totalidad.<sup>1</sup> Es por eso que, desde este punto de vista, el sistema constitucional se dirige sobre todo a reducir, en lugar de extender o promover, la influencia de grupos de interés, en particular de los que son mayoritarios, en la política.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Este principio fue enunciado por James Madison como principio de hierro de la política, al afirmar que “en las asambleas numerosas, sin importar su carácter y composición, la pasión nunca deja de arrebatarle el cetro a la razón” (*The Federalist Papers*, núm. 55).

<sup>2</sup> Ésta era la visión de Madison, tal como fuera expresada en *The Federalist Papers*, núm. 10.

No sorprende que esta visión de la democracia se asocie habitualmente a un bajo nivel de participación cívico-política: para aquellos que la apoyan, la apatía favorece y no socava la estabilidad política —estabilidad que así aparece como uno de los valores políticos más importantes. La contraparte pareciera ser la defensa de un procedimiento “tecnocrático” de toma de decisiones, o sea, un proceso en el cual las decisiones son elaboradas por expertos independientes, institucionalmente ubicados “lejos del pueblo”.<sup>3</sup>

En lo que respecta a la interpretación constitucional, los jueces que aceptan esta visión pluralista tienden a compartir la misma perspectiva del tema, con la idea de que la manera correcta de interpretar la Constitución les exige seguir (una u otra versión de) lo que actualmente llamamos una teoría originalista de interpretación, la cual propone interpretar la Constitución de acuerdo con su entendimiento original, cualquiera que sea éste. En el contexto norteamericano se considera que el texto de la Constitución, así como sus fuentes principales, están comprometidos con un marcado individualismo y son hostiles a lo que se llamó el “activismo del Estado”.<sup>4</sup> La Constitución parece estar a favor de un Estado mínimo, o sea de un Estado que deja amplio espacio para iniciativas económicas privadas. Tal Estado, se supone aquí, respeta adecuadamente la libertad individual y favorece el progreso económico.

Autoridades muy respetables como el Juez Story o Thomas Cooley apoyaron este punto de vista, defendiendo la necesidad constitucional de proteger la propiedad privada en contra del “absolutismo” y de los caprichos de las mayorías legislativas (Forbath, 1999). Por ejemplo, Cooley escribió en su famoso tratado de 1868 que una “decisión legislativa no constituye necesariamente la ley de la tierra”, sobre todo si afecta la “libertad contractual” de las personas (Cooley, 1868).

De manera más o menos explícita, las Cortes han defendido esta visión de la democracia con el fin de anular las leyes dirigidas a reestructurar la economía, o a “reparar” algunas de las consecuencias negativas de las llamadas “fuerzas libres del mercado” (por ejemplo, altos niveles de pobreza o de desempleo). De la misma forma, los jueces se han basado en esta visión de la democracia y del Estado para justificar su abstinencia respecto a los derechos sociales.

<sup>3</sup> En este caso, y para que los requisitos de la democracia resulten satisfechos, basta con que se efectúen elecciones periódicas y que en cada una la gente tenga la oportunidad de elegir entre, por lo menos, dos partidos políticos (Held, cap. 5). Otros derechos necesarios para este propósito —tales como la libertad de expresión y la libertad de asociación— también aparecen como requisitos de esta concepción de la democracia.

<sup>4</sup> Algunos autores han descrito esta visión del Estado como “procedimentalista” (Sandel), dado que el Estado es reducido aquí a su mínima expresión, renunciando a sus impulsos “regulativos”, lo mismo que a su propósito de imponer cualquier tipo de resultados “sustantivos”.

En los Estados Unidos, por ejemplo, la Corte utilizó la llamada “cláusula sobre el comercio” de la Constitución para restringir los poderes del Congreso; invocó la protección constitucional de “la libertad contractual” para restringir cualquier tentativa pública de regular la relación entre empleadores y empleados; y fijó límites a iniciativas del Congreso que buscaban delegar poderes al presidente y a agencias federales. Además, desde principios del siglo XX, ha invalidado cientos de normas regulativas fundamentándose en la Decimocuarta Enmienda de la Constitución, que estableció que “ningún Estado puede privar a una persona de la vida, la libertad o la propiedad, sin el debido proceso de la ley”.

Sobre este punto, probablemente el caso más significativo y famoso sea el de *Lochner contra New York* (198 U.S. 45, 1905), en el cual la Suprema Corte se preguntó “cual de los dos poderes o derechos debía predominar —el poder del Estado para legislar, o el derecho de libertad individual y de contrato”. Con otras palabras, los magistrados se preguntaron cual opción debía predominar: ¿la colectiva o la individual?, y su respuesta fue claramente en favor de la segunda. La fuerte predisposición individualista y anti-colectivista que se defendió en el caso *Lochner* persistió en el Tribunal al menos durante 25 años. Al transcurrir ese tiempo, la Suprema Corte anuló una multitud de regulaciones económicas, casi siempre apelando a la cláusula del debido proceso legal de la Constitución. Uno de los ejemplos más notables se da con el caso *Coppage contra Kansas* (236 U.S. 1, 1915) —uno de los muchos en los que la Corte anuló las iniciativas públicas orientadas a compensar el poder desigual de negociación de los trabajadores. Así también, en el caso *Adkins contra el Hospital Infantil* (261 U.S. 525, 1923), la Corte anuló una ley que establecía un salario mínimo para mujeres, afirmando que: “no podemos aceptar la doctrina que establece que las mujeres de edad madura, *sui juris*, requieren o pueden estar sujetas a restricciones a su libertad de contrato que no podrían ser impuestas legalmente en el caso de hombres en circunstancias similares”. Más recientemente, bajo el liderazgo del juez Rehnquist (que se describe a sí mismo como pluralista), la Corte revivió la lectura pluralista/originalista de la Constitución (curiosamente, y sin embargo, algunos miembros de la Corte recurrieron a veces a argumentos más populistas, como veremos a continuación).

## De la democracia populista a los derechos sociales

Los jueces que se adhieren a la posición populista suponen que: i) una de sus principales obligaciones es respetar debidamente la voluntad democrática del pueblo; ii) la “sede” o “locus” de la voluntad del pueblo reside fuera de la Constitución, en el “aquí y ahora”; y iii) dado que el pueblo, “aquí y ahora”, no toma medidas activas para la

aplicación de los derechos sociales, los jueces deben respetar esa decisión soberana, en vez de imponer sus opiniones contra la del pueblo.

La primera versión de esta postura se popularizó entre líderes políticos y personalidades públicas durante la Revolución Francesa y la Guerra de Independencia norteamericana. Especialmente para las alas más radicales de los grupos que participaron en ambas revoluciones, resultaba claro que el lugar del poder judicial estaba subordinado al de las ramas políticas. Los jueces debían resolver conflictos y servir de mediadores entre demandas opuestas, pero no jugar papel alguno en cuanto al contenido y significado de la Constitución. Ellos —se suponía entonces— carecían de autoridad para desafiar las decisiones de las autoridades políticas. Como se refleja en la metáfora de la Corte (poder judicial) como “boca de la ley”. Los jueces debían limitarse a aplicar la voluntad del legislador democrático, en lugar de interpretarla o modificarla. En tal sentido, y por ejemplo, en el primer informe legislativo sobre el papel del poder judicial, elaborado después de la Revolución Francesa, los jueces no gozaban del “peligroso privilegio” de interpretar la ley o de incluir en ella sus puntos de vista. En los Estados Unidos, y luego de finalizada la guerra de independencia, se generalizó una extendida hostilidad hacia el poder judicial —sobre todo entre los sectores populares— tal como quedó manifiesto en algunas rebeliones populares de enorme importancia, por ejemplo la famosa “Rebelión de Shays”. Dicho poder era visto como traidor a los intereses de los más débiles —aquellos que, por otra parte, habían ofrecido hasta sus vidas en la lucha independentista. Esa hostilidad generalizada hacia el poder judicial representó la expresión más notable de una convicción más profunda: los jueces no debían involucrarse en asuntos “políticos”.

La posición populista sobre la democracia que germinara entonces, llegó a cuestionar lo que describimos como la visión pluralista de la democracia, particularmente en su idea de participación política. De acuerdo con la concepción participativa (o por lo menos algunas de sus versiones más habituales), la democracia requiere de una comunidad autogobernada, basada en ciudadanos activos y virtuosos. En su forma ideal, esta sociedad autogobernada está compuesta por ciudadanos que se identifican con su comunidad y que han tejido fuertes lazos solidarios con sus pares.

Los trabajos de J.J. Rousseau, Thomas Paine y Thomas Jefferson representan antecedentes importantes de esta concepción de la democracia. Es claro que sus escritos difieren en muchos y distintos aspectos. Sin embargo, todavía resulta útil enfatizar algunas de sus coincidencias; aquí me ocuparé de dos.

Ante todo, estos autores pensaban que asegurar el valor de la participación política requería de ciertas precondiciones sociales y económicas. En general, las mismas debían incluir la organización de la comunidad en unidades pequeñas y el “cultivo” de la virtud cívica.

Más interesante aún para nuestros propósitos, el ideal del autogobierno defendido por tales visiones requería de una sociedad igualitaria y compuesta por individuos situados en posiciones sociales similares. Para Rousseau, por ejemplo, la existencia de intereses contrapuestos —o, lo que es lo mismo, la fragmentación de la sociedad en facciones— imposibilitaba que el pueblo identificara los comunes. En estos casos —sostenía Rousseau— cada individuo tendía a identificarse y a defender los intereses de su propio grupo, considerando erróneamente que este interés parcial representaba el de todos. En resumen, la formación de la “voluntad general” —o, a final de cuentas, el autogobierno— requería de la igualdad. Esa es la razón por la que una sociedad comprometida con el valor del autogobierno debería preocuparse sobre todo por la distribución de recursos.<sup>5</sup> Claramente, este tipo de presupuestos difieren de manera dramática de aquéllos que caracterizan al pensamiento pluralista. Los pluralistas, como hemos visto, intentaron eliminar todas estas preocupaciones socio-económicas de la agenda política, pensando que la distribución final de los recursos debía ser el resultado de la interacción espontánea entre los diversos miembros de la sociedad. Además, los populistas defienden una organización institucional que atiende más a la intervención popular en política, que al establecimiento de controles y limitaciones sobre la voluntad del pueblo. Algunos de ellos se opusieron abiertamente a la idea de una democracia representativa, sugiriendo que existía una conexión demasiado estrecha entre la delegación del poder y la tiranía.

Recientemente, muchos académicos y algunos jueces han rescatado esta concepción de la democracia en sus discusiones sobre el papel de los jueces en materia de derechos sociales. Tal vez sorprendentemente —dado que el discurso participativo ha sido asociado por tradición con las fuerzas progresistas— algunos autores conservadores comenzaron a recurrir a dicha teoría para justificar una autorrestricción por parte de los jueces en lo que concierne a la aplicación de los derechos socio-económicos. Esta posición se fortaleció especialmente cuando la “Corte Warren” impuso su agenda progresista (en términos de derechos anti-discriminatorios, libertad de expresión, debido proceso legal, derechos de prisioneros y también el principio de los derechos de bienestar). Frente a la “amenaza” de esa corte progresista y “activista”, algunos jueces y académicos influyentes, como los jueces Easterbrook y Bork, se preguntaron: “¿Acaso es correcto que la Corte, un comité de nueve jueces, pueda ser el único agente capaz de anular resultados democráticos?” (Bork, *The Tempting of America*: 201;

<sup>5</sup> Existen muchas y buenas ilustraciones de esta perspectiva, incluyendo los escritos agrarios de Thomas Jefferson; las propuestas de Thomas Paine sobre “ingreso básico”; el Reglamento Provisorio de José Artigas, para la distribución equitativa de los recursos en Uruguay (1815); y las iniciativas de Ponciano Arriaga (en la Convención constitucional mexicana de 1857) a favor de promulgar una constitución dirigida principalmente a resolver el problema de la distribución inequitativa de la tierra.

Easterbrook, 1992). Las opiniones de estas autoridades jurídicas contribuyeron a la formación de los cimientos de una lectura “federalista” del constitucionalismo, según la cual los jueces debían ser respetuosos de las opiniones del pueblo, tal como ellas se expresan en los parlamentos locales.

De manera notable, esta idea sobre el papel de los jueces y la Constitución ha sido acogida no sólo por doctrinarios conservadores, sino también por algunos de los académicos más progresistas de nuestra época. Michael Walzer impulsó con fuerza esta perspectiva en su famoso trabajo “Philosophy and Democracy”, en el cual atacó la idea de introducir la filosofía por medio de la ley. De tal forma, este autor criticó el activismo judicial en nombre de una democracia más amplia (Walzer, 1981). El trabajo de Walzer resultó persuasivo, al menos de modo parcial, para autores influyentes como Frank Michelman —uno de los principales defensores de una interpretación constitucional que da lugar a la intervención judicial en materia de derechos sociales.<sup>6</sup> De todos modos, y tratando de ser fiel a su compromiso con una visión amplia (republicana) de la democracia, Michelman ha sostenido que los derechos sociales se pueden activar judicialmente una vez que el gobierno decide otorgar derechos de bienestar a ciertos individuos (pero no a otros).<sup>7</sup>

Es destacable que este argumento democrático se ha utilizado no sólo en relación a documentos —como la *Constitución* de los Estados Unidos— que no aluden a los derechos sociales en su texto, sino también en relación con constituciones socialmente más avanzadas, como las de América Latina. En América Latina, como sabemos, las constituciones suelen incluir numerosos derechos sociales en sus cláusulas. Sin embargo, también en dicho contexto, el argumento democrático ha reaparecido para sugerir la abstención judicial en materia de derechos sociales. En la mayoría de los casos, ello se ha justificado señalando que las referencias constitucionales sobre los derechos sociales aluden únicamente a las ramas del poder político que controlan el presupuesto nacional y tienen la legitimidad democrática para distribuir recursos a los diversos grupos sociales. Esto es, por ejemplo, lo que la Suprema Corte Argentina sostuvo en el caso de “Ramos, Marta contra la Provincia de Buenos Aires”<sup>8</sup>, en el que la Corte afirmó que la Constitución “no requiere del poder judicial (sino de las ramas políticas), para garantizar el bienestar general”.

<sup>6</sup> Michelman acepta y rechaza parcialmente la propuesta de Walzer. Ver la discusión sobre el tema en Michelman (1987).

<sup>7</sup> Claramente, este no es el caso de Frank Michelman. Su enfoque se relaciona con lo que los jueces deben hacer en los Estados Unidos, y se basa en el supuesto de que las autoridades democráticas en ese país son hostiles hacia los derechos sociales. Sin embargo, su opinión es distinta en relación con casos como el de Sudáfrica, que posee una constitución diferente a la norteamericana en este aspecto. Ver, por ejemplo, a Michelman (1998).

<sup>8</sup> 12/3/2002; JA 2002-IV-466.

Esta conclusión no es exactamente la misma que la encontrada después de analizar las teorías pluralistas. Las teorías participativas exigen que los jueces respeten lo que hacen los legisladores en materia de derechos sociales, mientras que las teorías pluralistas los impulsan a invalidar cualquier decisión legal que ponga en riesgo una concepción (muy amplia) sobre los derechos de propiedad. Sin embargo, y a pesar de esta diferencia inicial, ambas posturas critican el “activismo” judicial en la materia —activismo destinado a la implementación de los derechos sociales. Es decir, las teorías conservadora y progresista de la democracia parecen ir de la mano al concluir que los jueces están obligados a asegurar los derechos civiles y políticos, pero no los sociales —algo que resulta, en principio, desconcertante.

Ahora bien, aquellos que están interesados en la aplicación judicial de los derechos sociales pueden lógicamente preguntarse qué tan sólidas son las respuestas provenientes de enfoques como los mencionados —que manifiestan una común hostilidad general hacia la aplicación de los derechos sociales. En este aspecto, existen algunas dudas dignas de mencionarse. En primer lugar, los jueces que se rehúsan a aplicar los derechos sociales deberían explicarnos por qué utilizan las teorías interpretativas que utilizan, en lugar de otras, que podrían llevarlos a sostener resultados diferentes a los que hoy defienden en sus decisiones.

Ellos deberían explicar, por ejemplo, por qué consideran que la mejor interpretación de la Constitución es aquella que requiere “descubrir” e implementar los programas políticos y económicos que defendían nuestros “Padres Fundadores” —además de clarificar cómo eligieron el programa que fundamenta sus decisiones, de entre los diversos planes que circulaban entre la élite de ese período. Por lo demás, conviene aclarar que, para los que insisten en la ruta originalista, se ha hecho cada vez más difícil sostener la conclusión de que los derechos sociales no pueden ser aplicados judicialmente. Esto es porque la mayoría de las constituciones modernas incorporan numerosos derechos sociales y/o otorgan estatus constitucional a tratados internacionales que explícitamente requieren que los jueces asuman una actitud diferente a la que hoy presentan frente a los derechos sociales.

Además, debemos preguntar cómo estos jueces llegan a las decisiones que llegan partiendo de la teoría democrática de la que parten. Para ilustrar esta idea, podríamos decir que no está claro por qué el adoptar una visión participativa requiere que los jueces se abstengan de aplicar los derechos sociales. De hecho, podríamos sostener, razonablemente, que tal visión populista exige a todos los oficiales públicos, incluyendo a los jueces, tomar medidas para la implementación de ciertos derechos sociales, económicos o culturales básicos. La idea es que para respetar los valores que los demócratas populistas desean respetar (por ejemplo, el valor de la participación pública en política, el valor de contar con un proceso genuinamente colectivo de to-

ma de decisiones), uno necesita asegurarse de la existencia y operatividad de ciertos derechos básicos.

En lo que sigue, de todos modos, dejaré de lado tales dudas para concentrar mi atención en una tercera y diferente concepción de la democracia: la deliberativa. En específico, exploraré cuál debería ser el accionar de los jueces si ellos tomaran como punto de partida la democracia deliberativa.

## De la democracia deliberativa a la revisión judicial

Aunque es posible distinguir entre muchas y diferentes versiones de la concepción deliberativa de la democracia (Elster, 1998; Bohman, 1996; Cohen, 1989; Nino, 1991), propondré aquí una que se caracteriza por dos rasgos: primero, supondré que esta perspectiva de la democracia requiere de la aprobación de decisiones públicas luego de un amplio proceso de *discusión colectiva*. Segundo, supondré que el proceso deliberativo requiere, en principio, de la intervención de *todos aquellos que se verían potencialmente afectados* por las decisiones en juego.<sup>9</sup>

Por un lado, esta opción difiere en gran medida de las teorías pluralistas, sobre todo como consecuencia de la segunda característica señalada. En realidad, la democracia deliberativa requiere que las decisiones públicas estén ancladas en una base consensual amplia, formada con la participación de todos los sectores de la sociedad. Según esta idea, mientras menores sean el alcance y la intensidad de la participación cívica, más débiles serán las razones para considerar que el resultado final del proceso deliberativo es imparcial (Nino, 1991). La amplia intervención colectiva es percibida aquí como una condición primaria y necesaria (aunque no suficiente) para tal imparcialidad.

Por otra parte, este modelo deliberativo coincide con la perspectiva participativa de la democracia en cuanto al valor que ambos le adjudican a la participación política. No obstante, difiere —al menos de algunas versiones importantes de tal visión— por su defensa del debate público. El trabajo de Rousseau podría ser útil para entender el significado de esta objeción. De acuerdo con el *Contrato Social* de Rousseau, la deliberación pública no sólo era innecesaria para el propósito de crear decisiones imparciales,

<sup>9</sup> Esta definición se relaciona con la propuesta de Jon Elster, para quien dicha noción “incluye la toma de decisiones colectivas con la participación de todos los potencialmente afectados, o por ellos a través de sus representantes: ésta es la parte democrática”. Todos acuerdan también que dicha noción incluye la toma de decisiones por medio de argumentos presentados *por y para* participantes comprometidos con los valores de la racionalidad y la imparcialidad: ésta es la parte deliberativa.

sino que imposibilitaba el logro de dicha imparcialidad. De hecho, para Rousseau, la deliberación pública amenazaba con dividir la sociedad en facciones. Para él, la deliberación actuaba contra la unidad social y provocaba que los ciudadanos pensarán más en sus propios intereses y menos sobre lo que tenían en común con los demás. Con otras palabras y desde este punto de vista: la deliberación parece debilitar el ideal mismo de crear una “voluntad general” (Manin, 1987).

Respecto a la aplicación o no de los derechos sociales, la pregunta sería ¿qué ocurre si tomamos esta concepción deliberativa de la democracia como nuestro punto de partida? Puesto que la respuesta a esta pregunta depende de otra anterior y más amplia sobre la conexión entre democracia deliberativa y revisión judicial, en los próximos párrafos exploraré este asunto con más detalle.

Para empezar. La relación entre democracia deliberativa y revisión judicial no parece fácil. Como sostenía Dennis 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. Las libertades son sujetas a revisión como resultado de nuevas observaciones filosóficas o de evidencia empírica y, más importante aún, de retos que surgen en las deliberaciones democráticas reales.

Ahora bien, y a pesar de lo dicho, creo que existen razones que permitirían que quienes defienden una concepción deliberativa de la democracia, favorecieran cierta forma de revisión judicial de las leyes, particularmente en lo que compete a la aplicación de los derechos sociales.

Si partimos del hecho de que todos somos falibles, tenemos una primera razón para promover, en principio, los mecanismos que ayuden a corregir nuestras decisiones; éstas siempre estarán abiertas a incluir errores fácticos y lógicos, del mismo modo que son vulnerables a la falta de información y a los prejuicios. Además, como todos sabemos, el sistema político sufre de numerosos problemas que facilitan, con frecuencia, la aprobación de decisiones parciales. Existe una vasta literatura, tanto teórica como empírica, que refiere y documenta la influencia excesiva de los intereses más poderosos sobre el proceso político. De acuerdo con ella, el sistema político tiende a sesgarse indebidamente o a resultar demasiado sensible a la presión de ciertos grupos, lo cual afecta tanto su carácter mayoritario, como su ambición de promover la imparcialidad.

Tales dificultades deberían conseguir que los demócratas deliberativos se opusieran a decisiones que: i) terminan debilitando la deliberación presente o futura (decisiones *restrictivas de la deliberación*); ii) son producto de un sistema deliberativo disfuncional (decisiones que resultan de un *procedimiento viciado*); o iii) son el resultado circunstancial de un proceso de toma de decisiones que no consideró ciertos argumentos relevantes, o que tampoco aseguró la justificación pública de sus conclusiones (decisiones basadas en una *deliberación imperfecta*).<sup>10</sup> Esto demuestra que es necesario organizar el sistema institucional para que —como alega Cass Sunstein— “favorezca una deliberación no distorsionada por el poder privado” (Sunstein, 1985: 68; Habermas, 1996: 274–286). En resumen, un sistema deliberativo bien organizado requeriría la existencia de mecanismos institucionales destinados a mantener y aumentar su carácter deliberativo.

Luego de tomar en cuenta estas consideraciones, podríamos decir que los jueces se encuentran, en términos institucionales, en una excelente posición para favorecer la deliberación democrática. En efecto, el poder judicial es la institución que recibe querellas de los que son, o sienten que han sido, tratados indebidamente en el proceso político de toma de decisiones. A sus miembros se les exige, como algo cotidiano, que observen el sistema político, con atención especial en sus debilidades, fracasos y rupturas. Más aún, los jueces institucionalmente están obligados a escuchar las diferentes partes del conflicto —y no sólo a la parte que reclama haber sido mal tratada.

Entonces, los jueces no sólo se encuentran bien situados para enriquecer el proceso deliberativo y ayudarlo a corregir algunas de sus indebidas parcialidades, poseen, además, diversas herramientas que facilitan esa tarea. Como consecuencia de su posición institucional y de los medios con los que cuentan, los jueces tienen grandes probabilidades de favorecer el buen funcionamiento del proceso deliberativo. Al mismo tiempo, tienen amplias posibilidades de actuar de manera respetuosa hacia a la autoridad popular: ellos poseen suficientes técnicas y medios procedimentales a su alcance para actuar

---

<sup>10</sup> Tomando en cuenta la perspectiva de Carlos Nino sobre la democracia deliberativa, la custodia de este sistema requeriría examinar “la amplitud de la participación en la discusión de aquellos afectados por la decisión final; la libertad de los participantes de expresarse en la deliberación; la igualdad de condiciones bajo las cuales se efectúa la participación; la satisfacción del requisito de que las propuestas sean adecuadamente justificadas; el grado en que el debate es uno de principios y no uno basado en la mera defensa de intereses; la ausencia de mayorías congeladas; la medida en que la mayoría apoya las decisiones; la distancia en el tiempo desde que se alcanzó el consenso; y la reversibilidad de la decisión”. Y, agrega: “las reglas del proceso democrático intentan asegurar que estas condiciones sean cumplidas en el máximo grado posible para convertir los resultados de dicho proceso en guías confiables hacia el reconocimiento de principios morales: (Nino, 1996: 199). Siguiendo esta visión epistémica de Nino, sostendría que los jueces en una democracia deliberativa deberían prevenir la aprobación de decisiones que interfieren con la moralidad personal e individual, dada la carencia de poder epistémico de la democracia al respecto. Sin embargo, no examinaré este asunto en esta etapa de mi argumento.

en consecuencia. Pueden bloquear la aplicación de una cierta norma y devolverla al Congreso, forzándolo a repensarla; pueden declarar que algún derecho fue violado, sin imponer a los legisladores una solución concreta; pueden establecer que una violación de derechos debe corregirse en un tiempo límite, sin ocupar el lugar del legislador ni decidir cuál remedio particular debería ser aprobado; pueden sugerir al legislador una serie de soluciones alternativas, dejando la decisión final en manos del último.

### **Revisión judicial, democracia deliberativa y derechos sociales: tres ejemplos**

En principio, las consideraciones anteriores parecen perfectamente aplicables al área de derechos sociales. La revisión judicial puede ser un instrumento crucial para enriquecer la deliberación pública respecto a los derechos sociales. Pero también, el activismo judicial en el área de derechos sociales puede ser en especial relevante, dada la íntima relación que existe entre derechos sociales y participación política.<sup>11</sup> Como sostiene Carlos Nino, una adecuada situación social y económica de los individuos, al igual que un adecuado nivel de educación, constituyen precondiciones necesarias de una participación libre e igualitaria en el proceso político (Nino, 1996: 201).<sup>12</sup> Expuesto de manera breve, podríamos afirmar que la ausencia de políticas públicas destinadas a poner en práctica los derechos sociales dificulta el involucramiento político de las personas con más desventajas, y por tanto mina el valor total del proceso democrático.<sup>13</sup>

Al mismo tiempo, no existe una buena razón para pensar que la intervención judicial en esta área necesariamente esté en conflicto con la democracia (deliberativa). Al contrario, también en este ámbito los jueces pueden decidir de manera muy respetuosa hacia la autoridad superior del pueblo y de sus representantes. En su libro sobre los derechos sociales, Cecile Fabre cita algunas posibilidades al respecto. Desde su punto

<sup>11</sup> Ver al respecto, por ejemplo, a Cohen (1989). Más generalmente, ver la discusión de John Rawls sobre el valor equitativo de las libertades políticas. Le agradezco a Pablo Gilabert sus comentarios sobre este tema.

<sup>12</sup> Este punto de vista ha sido reconocido incluso por la Suprema Corte de los Estados Unidos en algunos de sus casos históricos. Así, por ejemplo, cuando sostuvo que “la educación es un requisito para el cumplimiento de nuestras responsabilidades públicas más básicas, incluso en el servicio militar. Es el cimiento mismo de la buena ciudadanía”, *Brown v. Board of Education* 347 U.S. 483 (1954).

<sup>13</sup> “Algunos bienes son tan fundamentales para el buen funcionamiento del sistema democrático que si no se proveyeran, el proceso democrático se deterioraría tanto que su valor epistémico desaparecería. Si alguien está muriendo de hambre, o se encuentra gravemente enfermo y privado de atención médica, o carece de la posibilidad de expresar sus ideas en los medios de comunicación, el sistema democrático resulta tan afectado como si tal persona no tuviera derecho al voto” (Nino, 1996: 201–2).

de vista, los tribunales podrían, por ejemplo: i) “establecer que un derecho constitucional ha sido violado, sin demandar remedios específicos”; ii) “declarar que un derecho constitucional ha sido violado, y pedirle al Estado que provea el remedio; a) sin especificar cómo y sin fijar un período límite; b) sin especificar cómo, pero demandando que se efectúe en un cierto tiempo”; iii) “establecer que un derecho constitucional ha sido violado, exigirle al gobierno la provisión de remedios, y especificar qué clase de remedios pueden usarse, cómo y cuándo” (Fabre, 2000: 148; Gloppen, 2006).

Cass Sunstein desarrolla una argumentación similar contra aquellos que creen que el “activismo” judicial en el área de los derechos sociales necesariamente implica “dejar de lado el criterio democrático acerca de cómo establecer prioridades entre objetivos diferentes” (Sunstein, 2004: 228). Para este autor, reconocer la existencia de ciertos “compromisos” constitucionales respecto a los derechos sociales, y —añadiría, siguiendo su análisis— el hecho de que los jueces tomen ciertas medidas específicas para la aplicación de esos derechos, puede ayudar a “promover la deliberación democrática, antes que mermarla, al dirigir la atención pública a intereses que de otra manera serían ignorados en la vida política diaria”. La perspectiva de Sunstein surgió después de estudiar las decisiones de la Corte sudafricana post-apartheid, mismas que le indicaron que la Corte podía optar por un “tercer camino” entre dos alternativas indeseables e injustificables, marcadas por el activismo ciego a las consideraciones democráticas y la pasividad ciega a sus consecuencias (Sunstein, 2004: 227). Para acompañar sus reflexiones, agrego algunos detalles sobre el ejemplo sudafricano acompañándolo de comentarios sobre los casos, igualmente notables, de la India y Colombia.

*Sudáfrica.* El ejemplo de la jurisprudencia sudafricana ha tenido efectos revolucionarios, pues ha ayudado a que la comunidad legal mundial entienda que es posible apoyar al mismo tiempo un rol judicial activo en el área de derechos sociales y la primacía de las autoridades políticas. Dos de las decisiones más destacadas de la Suprema Corte en Sudáfrica, el caso *Grootboom* y el de las *Campañas de Acción de Tratamiento*, son muy ilustrativas. El primero remite a una querrela presentada por 900 personas que vivían en condiciones de pobreza extrema en cabañas miserables y reclamaban por sus derechos de vivienda. Ante tal situación, la Corte sudafricana le exigió al Estado crear un programa destinado a cumplir sus obligaciones constitucionales, incluyendo medidas razonables diseñadas para “proveer alivio a personas que no tienen acceso a la tierra, carecen de techo sobre sus cabezas y viven en condiciones intolerables”.

El segundo caso se refiere al SIDA —uno de los problemas sociales más dramáticos que sufre el país— y versa sobre la decisión del gobierno de prohibir la distribución de una droga antiviral (el nevirapine) excepto en circunstancias especiales (que incluían, por ejemplo, la creación de centros especiales de investigación). Aquí la Corte afirmó que el gobierno tiene la obligación de “diseñar y poner en práctica, teniendo

en cuenta los recursos a su disposición, un programa comprehensivo y coordinado para implementar progresivamente el derecho de mujeres embarazadas a tener acceso a servicios de salud para combatir la transmisión de madre a hijo del VIH”.

En estos casos, las decisiones de la Corte fueron particularmente notables porque demostraron cómo, en la práctica real, era posible que los jueces contribuyeran a la discusión sobre asuntos públicos fundamentales, sin minar la democracia. La contribución de la Corte consistió no solo en abordar asuntos que las autoridades políticas no atendían (o lo hacían de manera incorrecta, por ejemplo discriminando a ciertos grupos), sino también en cómo lograrlo con respeto a la autoridad superior del pueblo y sus representantes. Como se observa, no fue necesario que la Corte impusiera sus opiniones a las autoridades políticas, definiendo, por ejemplo, cuales remedios debían ser aprobados. Sin embargo, es indudable que estas decisiones llegaron a promover una discusión que, hasta ese momento, no existía o se malograba, y así obligaron a que los políticos asumieran responsabilidades que habían rehusado. La Corte realizó con ello un valioso esfuerzo dirigido a la “inclusión” social de personas que hasta entonces se habían marginado de la conversación pública.

*India.* El ejemplo de la India es tan interesante como el sudafricano, aunque por razones diferentes. Él destaca por la franqueza y el radicalismo de las decisiones de las Cortes en términos de los derechos sociales.<sup>14</sup> Ciertamente, desde la perspectiva de la democracia deliberativa no es obvio que todas sus decisiones (durante su período más “activo”) fueran igualmente defendibles, algunas de ellas, podríamos pensar, excedían las virtudes dialógicas que los demócratas deliberativos alaban, y representan más bien la imposición de las perspectivas (en este caso progresistas) de la Corte sobre las autoridades políticas. Sin embargo, podríamos decir que, en términos generales, la actividad de la Corte puede defenderse en su aspecto deliberativo en por lo menos dos puntos. Primero, la jurisprudencia india aún representa un caso notable de anti-formalismo, que resulta especialmente sano en el área de los derechos sociales, donde todavía existen barreras brutales que impiden a los más débiles presentar sus opiniones ante el público. El mayor ejemplo, en este sentido, es la llamada “jurisdicción epistolar”, creada por la misma Corte, y según la cual una simple carta —en vez de una petición formal— escrita a favor de un grupo desprotegido constituye una condición suficiente para activar un procedimiento ante la Suprema Corte.

Más aún, la Corte decidió que las reglas de legitimación desarrolladas junto con la jurisdicción epistolar no eran suficientes para los propósitos que se habían fijado.

---

<sup>14</sup> De acuerdo al Juez Bhagwati, “los portales de la Corte se abren a los pobres, a los ignorantes y a los analfabetos, y sus casos han comenzado a llegar a la Corte por medio del litigio de interés público” (Bhagwati, 1985: 572).

La Corte consideró que también era muy importante crear nuevos instrumentos para recabar la información requerida para decidir sobre un caso. Para el tribunal, “no era realista esperar que los demandantes con menos ventajas, o los activistas que trabajaban con ellos, proporcionaran la evidencia necesaria para que el tribunal decida” (Hunt, 1996: 165–6). Por esa razón decidió crear “comisiones socio–legales de información” destinadas a asumir la función de “comisarios de la Corte”.<sup>15</sup>

Una segunda característica innovadora de la Corte en la India (ya evidente en el comentario anterior) fue la manera en que desafió, explícitamente, los supuestos tradicionales vinculados con la separación de poderes. De acuerdo con las nociones más comunes al respecto, se espera que la Corte asuma una actitud reverencial ante las decisiones de las ramas políticas, excepto cuando ocurren graves violaciones de la ley.

Contra ese punto de vista, la Corte india tuvo un papel más “agresivo”, e intentó colaborar activamente con las ramas políticas en la creación de decisiones más imparciales. Por ejemplo, en el caso de *Azad Rickshaw Pullers Union contra Punja*<sup>16</sup> la Corte decidió no anular una polémica ley, sino colaborar con el Congreso en su nueva redacción, a fin de crear una norma más adecuadamente inclusiva. Según la opinión de la Corte, ella y los abogados acordaron sobre este enfoque constructivo y se esforzaron, luego de varias marchas y contramarchas, en modelar un nuevo proyecto legal.

Para Scott y Macklem, que analizaron estos casos en un detallado estudio sobre la cuestión, “la experiencia de la India indica que puede ser apropiado permitir que el poder judicial lleve adelante ciertas medidas destinadas a estimular a las otras ramas de gobierno a emprender debates y producir respuestas concretas que a largo plazo resultan políticamente más legítimas y efectivas” (Scott & Macklem, 1992: 130).

*Colombia.* Para finalizar, quisiera agregar algunos comentarios sobre el caso de la Corte colombiana —Tribunal que representa, probablemente, la expresión más sofisticada de una Corte comprometida tanto con la aplicación de los derechos sociales como con la democracia deliberativa. La Corte colombiana ha tenido que decidir en numerosos casos relativos a los derechos sociales, y lo ha hecho respetando con mucho la deliberación democrática. La Corte ha aceptado numerosas quejas populares (tutelas) dirigidas a la aplicación de los derechos sociales y económicos (Cepeda, 2004:

<sup>15</sup> Por ejemplo, en *Bandhua Mukti Morcha v. Union of India* (2 S.C.R. 67, 1984) la Corte creó una comisión de investigación compuesta por miembros de la sociedad civil, con el propósito de asistirle en la implementación de las medidas que ordenaba. En *Sheela Barse v. Union of India* (3 S.C.R. 443, 1986), ella organizó también un comité para asegurar el cumplimiento de sus decisiones (ver Scott y Macklem, 1992).

<sup>16</sup> 1 S.C.R. 366 (1981).

618). Lo interesante sobre la Corte colombiana es el cuidado extremo que ha puesto en sus fallos, para tornar compatible su “activismo” con el respeto a la democracia deliberativa.

La Corte demostró su valor y compromiso con la democracia deliberativa en diversas decisiones mediante las cuales anuló leyes aprobadas sin debate público, o que no habían sido el producto de un proceso razonable de deliberación pública. Un ejemplo extraordinario es su decisión, en el 2004, de anular el llamado *estatuto anti-terrorista*, que representaba una parte importante de la agenda política del poder ejecutivo. La Corte tomó esa decisión cuando comprendió que más de una docena de legisladores que habían votado por el polémico estatuto habían cambiado de opinión de un día para otro, sin dar ninguna explicación pública sobre dicha actitud.

El compromiso de la Corte colombiana con la democracia deliberativa se torna evidente en su extensa jurisprudencia sobre derechos sociales, particularmente en la nueva y compleja doctrina desarrollada por la Corte, que se conoce como “la modulación de los efectos de las decisiones”. De acuerdo con el juez Cepeda, el propósito general de estos juicios constitucionales moduladores surge como una “forma de armonizar la necesidad de preservar la Constitución con el alto respeto de la Corte hacia las decisiones de la legislatura. Es por medio de esas decisiones “moduladoras” que la Corte intenta mantener la validez constitucional de las leyes, en la medida en que ello sea posible” (Cepeda, 2004: 566). Las decisiones moduladoras pueden ser de diferente tipo: “interpretativas”, “expresamente integrativas” y “materialmente expansivas”. También pueden estar relacionadas con el momento en el que las decisiones del tribunal tienen efecto.

En algunos casos la Corte pospuso el efecto de sus decisiones, bajo el supuesto de que su aplicación inmediata podría poner en peligro otros valores constitucionales fundamentales. Por ejemplo, en su famosa decisión T-153 (1998), referente a los graves abusos cometidos por el personal público dentro de las prisiones, la Corte reconoció la validez de las quejas de los prisioneros, pero estableció que el gobierno tendría cuatro años para corregir la situación.

De igual modo, también la Corte reconoció que el Congreso, y no el poder judicial, era la instancia responsable para decidir la manera en la que se pondría fin a esos fuertes abusos. La Corte sugirió una estrategia similar en otra difícil decisión, la T-025 (2004), relativa al asunto de los *desplazados*, o sea a las poblaciones expulsadas de su lugar de residencia debido a la violencia política. La Corte consideró que la política del gobierno para los *desplazados* era inconstitucional en razón de su profunda insuficiencia e ineficacia, pero, aun así, no intentó imponer una ruta alternativa a la de las autoridades públicas. En contraste, la Corte afirmó que haría un seguimiento cercano al tema para asegurarse que estas decisiones estuvieran de acuerdo con la Cos-

titución y fueran capaces, al mismo tiempo, de solucionar la situación desesperada de los desplazados.<sup>17</sup> En todos estos casos la Corte se mostró capaz de intervenir de manera sumamente respetuosa hacia la autoridad de los legisladores.

Estos ejemplos ilustran algunas de las diversas formas en las que los tribunales pueden actuar para asumir una actitud fuerte y agresiva en lo concerniente a los derechos sociales y, al mismo tiempo, respetar su compromiso con la democracia deliberativa.

## Revisión judicial, supremacía judicial y motivación judicial

Las secciones previas proporcionan ciertas bases a la tesis que afirma que los demócratas deliberativos deben defender la revisión judicial, incluso (y particularmente) en el área de los derechos sociales. Como contraste, en las siguientes páginas quisiera agregar algunas notas críticas que ponen en duda la afirmación anterior, sin negar su fuerza e importancia.

Para empezar, haré una distinción entre los conceptos de *revisión judicial* y *supremacía judicial*. La revisión judicial es la actividad por la cual los jueces revisan la validez de las normas legales y administrativas. La supremacía judicial tiene que ver con “la noción de que los jueces tienen que tener la última palabra cuando se trata de la interpretación constitucional, y que sus decisiones determinan el significado de la Constitución para todos” (Kramer, 2001: 6).

No obstante el gran apoyo que goza la supremacía judicial dentro de los círculos legales, es este rasgo —que generalmente aparece junto a la práctica de la revisión judicial— el que genera mayor tensión entre los defensores de esta práctica y los que apoyan la democracia deliberativa o alguna otra versión mayoritaria de la democracia.

Aquellos que valoran la democracia, entre otras razones, por sus componentes mayoritarios (como lo hacen los demócratas deliberativos), tienen motivos para criticar la supremacía judicial en nombre de la idea de igualdad que subyace a la del respeto a la voluntad democrática.<sup>18</sup> La supremacía judicial violaría la idea del respeto igualita-

<sup>17</sup> En contraste, la decisión de la Corte en el famoso caso UPAC (unidad de poder adquisitivo constante), que involucró tres decisiones relacionadas con el financiamiento de vivienda pública se ha vuelto ineficiente a causa de los inesperados cambios en la situación económica del país. La Corte sostuvo que la política del gobierno se había convertido en inconstitucional, lo cual era obvio para una mayoría de juristas, pero también le impuso al gobierno un plan alternativo de financiamiento, dificultando así a los legisladores diseñar su propia agenda.

<sup>18</sup> Citando la opinión de Joel Feinberg sobre la participación y el respeto a los individuos, dice Waldron: “Tal vez (el apoyo a) el derecho a participar tiene que ver menos con un prospecto mínimo de impacto decisivo y más con evitar el insulto, el deshonor o la denigración que aparecen cuando las opiniones de una persona son menospreciadas en relación a las de otras, en un asunto que afecta a todos” (Waldron, 1999: 238).

rio porque permitiría a una minoría de jueces imponer sus propias opiniones al resto de la población. Esa posibilidad es todavía más preocupante cuando comprendemos, con Waldron, que los jueces también toman decisiones por medio de procedimientos mayoritarios como consecuencia de las disidencias dentro de la Corte, que suelen reflejar, de algún modo, los desacuerdos existentes fuera de los tribunales.

Los demócratas deliberativos tienen argumentos que fortalecen esta crítica inicial. Por ejemplo, los demócratas deliberativos que creen en las virtudes epistémicas de la discusión pública (Nino, 1991) podrían decir que la supremacía judicial no es aceptable por basarse, implícitamente, en las virtudes intelectuales de unos pocos, en lugar de apoyarse en las capacidades epistémicas de todos los ciudadanos.

Los que defienden la democracia deliberativa podrían decir, además, que la supremacía judicial es errónea porque contradice otro requisito fundamental de la teoría: las cuestiones públicas básicas deben sujetarse al debate abierto y constante. En la práctica, y contra lo que este principio propone, las decisiones judiciales tienden a convertirse en las “finales”. Esto parece cierto a pesar de que no es teóricamente imposible que las otras ramas políticas insistan en sus propios criterios. Esto se debe a que las Cortes siempre podrán insistir en sus propias opiniones e imponerlas a los demás actores.<sup>19</sup> La imagen de un diálogo parece inadecuada cuando los jueces tienen la oportunidad de insistir con éxito en favor de sus propias decisiones, sin importar que el Congreso sostenga una solución opuesta. La idea del diálogo, finalmente, viene a exigir algo diferente a lo que de común se encuentra en la práctica. En efecto, la idea de “diálogo” remite a un igualitarismo que aquí parece estar ausente. En un diálogo “normal” las dos partes tienen igual oportunidad de prevalecer, mientras ambas presenten buenos argumentos. En la práctica institucional que conocemos, el diálogo aparece desbalanceado hacia el lado incorrecto: en la vida diaria, no es la gente sino el poder judicial —la rama menos democrática del gobierno— la más alta autoridad constitucional.

El segundo comentario crítico proviene de una reflexión acerca de las motivaciones judiciales, un asunto que ha sido altamente desatendido en la literatura académica. En realidad, los académicos parecen quedar satisfechos con su papel de intelectuales públicos o de reformadores sociales luego de definir un modelo ideal sobre cómo debería ser el comportamiento judicial. Muchos parecen decir: “si los jueces hicieran *x*, entonces nadie podría objetar sobre sus acciones, porque su tarea resultaría totalmente justificada”. Por supuesto, es muy importante que pensemos en ideales regulativos para organizar la práctica judicial. Sin embargo, no podemos contentarnos exclusivamente con enunciarlo, si nuestra preocupación es la de convertir al ideal en guía

---

<sup>19</sup> Al respecto, véase a Dworkin (1977).

de la práctica. Nuestra formulación resulta incompleta si no mostramos que existen razones para pensar que los jueces pueden actuar de acuerdo con ese ideal.

Permítanme explicarlo con algunos ejemplos: algunos autores piensan que la actividad judicial resultaría del todo justificable si los jueces concentraran sus esfuerzos en salvaguardar el proceso político (Ely, 1981);<sup>20</sup> o si los jueces se convirtieran en “la voz de la minoría sin poder” (Fiss, 1976);<sup>21</sup> o si actuaran de modo “minimalista,” esto es, aprendieran a “dejar ciertas cuestiones indecisas, evitaran las generalizaciones abstractas, razonaran por analogía y no por principios generales amplios, y decidieran con cuidado, paso a paso, tomando un caso a la vez” (Sunstein, 1999). Probablemente, si los jueces se comportaran de acuerdo a tales propuestas, sus decisiones resultarían menos objetables —si no directamente inobjetables— desde la perspectiva de la democracia deliberativa. Por lo demás, y en defensa de tales propuestas, debemos aceptar que, por lo menos en principio, el marco institucional existente no impide que se logren resultados deseables como los sugeridos: los jueces podrían ponerse a trabajar a favor de las minorías con menos ventajas y marginadas, o podrían comenzar a actuar de manera minimalista. El problema, sin embargo, es que no tenemos suficientes motivos para creer que los jueces vayan a inclinarse, colectivamente, a actuar de la forma recomendada. En otras palabras, modalidades de acción judicial como las propuestas resultan concebibles en la práctica aunque, al mismo tiempo, es poco factible que las encontremos en algún futuro imaginable. Esto es así, entre otras razones, por la falta de incentivos institucionales, que lleven a los jueces a comportarse de la manera propuesta —y más allá de que pudiera darse que un juez individual o un tribunal decida seguir, en un caso o en una serie de casos, ese tipo de recomendaciones teóricas. Pero, en términos generales, ¿por qué esperar que los jueces renuncien a sus enormes poderes, y lo hagan de la manera y en las ocasiones recomendadas por algunos académicos?, ¿podríamos seriamente tener la esperanza de que esto ocurra? Por esta razón, los demócratas deliberativos tienen motivos para mantenerse escépticos acerca de la revisión judicial.

<sup>20</sup> Según John Ely, el proceso político se encuentra viciado cuando: los que gobiernan bloquean los canales del cambio político para asegurar su permanencia en el poder; y cuando, aunque nadie le niegue a ningún otro su voz o voto, quienes están en el poder actúan sistemáticamente en contra de alguna minoría, por simple hostilidad o prejuicio, rehusándose a reconocer los intereses comunes, y por tanto negando a la minoría la protección de la que gozan otros grupos en el sistema representativo (Ely, 1981: 108).

<sup>21</sup> De esta manera, Fiss afirma en “Groups and the Equal Protection” que cuando el producto de un proceso político es “una ley que causa daño [a minorías con menos ventajas], la objeción contra—mayoritaria a la invalidación judicial —la objeción que niega a los “nueve hombres [de la Corte]” el derecho de sustituir la opinión del “pueblo” por la suya propia— tiene poca fuerza. El sistema judicial podría ser visto, en tal sentido, como el amplificador de la voz de la minoría sin poder, como el intento de rectificar la injusticia del proceso político como método de ajuste de querellas competitivas” (Fiss, 1976: 153).

En conclusión, sería importante distinguir entre dos asuntos: i) el hecho de que quienes defienden la democracia deliberativa tienen motivos para dudar de la revisión judicial, en general; y ii) el hecho de que ciertas decisiones judiciales específicas pueden estar más o menos alineadas con las metas de dichos defensores de la democracia deliberativa. Indudablemente, para apoyar la revisión judicial, ellos necesitarían garantías de las que ahora carecen. Esta situación continuará, por cierto, en tanto se mantenga la supremacía judicial sin modificaciones; no se implementen reformas institucionales destinadas a motivar a los jueces a tomar decisiones más compatibles con los fines de la democracia deliberativa; y el sistema institucional no se reorganice de modo tal que favorezca el establecimiento de un diálogo genuino y equitativo entre las diferentes ramas del poder, tanto entre ellas como con la población.

De todos modos, ninguna de las dudas mencionadas debería impedir que los que defienden la democracia deliberativa evalúen de modo distinto a decisiones judiciales distintas, conforme con la proximidad o distancia de las mismas respecto del ideal institucional que ellos defienden. Las decisiones judiciales que se desarrollan en el área de los derechos sociales no son una excepción al respecto: algunas pueden considerarse como favorables al ideal regulatorio de la democracia deliberativa (por ejemplo, el ayudar a integrar grupos indebidamente marginados del sistema político; o al obligar a las autoridades políticas a justificar sus decisiones de manera más apropiada), mientras que otras pueden verse como orientadas en la dirección opuesta (por ejemplo, el suponer que la Constitución es compatible con un sólo modelo económico). Y es relevante reconocer esta distinción, al menos, para dejar atrás un dogmatismo que a veces parece afectar a nuestra comunidad legal: el que sostiene que la “Democracia”, con mayúscula, exige sistemáticamente a los jueces no poner en práctica los derechos sociales y económicos.

## Bibliografía

- Bhagwati, P., 1985, “Judicial Activism and Public Interest Litigation”, en *Columbia Journal of Transnational Law*, 561.
- Bohman, J., 1996, *Public Deliberation: Pluralism, Complexity, and Democracy*, Cambridge, M. A., MIT Press.
- Bork, R.H., 1997, *The Tempting of America*, New York, Free Press.

- Cepeda, M., 2004, "Judicial Activism in a Violent Context", en *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 3, Special issue, pp. 529–700.
- Cohen, J., 1989, "The Economic Basis of a Deliberative Democracy", en *Social Philosophy and Policy*, vol. 6(2), pp. 25–50.
- Easterbrook, F.H., 1992, "Abstraction and Authority", en *University of Chicago Law Review*, vol. 59, pp. 349–380.
- Elster, J. (ed.), 1998, *Deliberative Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Ely, J., 1980, *Democracy and Distrust*, Cambridge, M A., Harvard University Press.
- Fabre, C., 2000, *Social Rights under the Constitution. Government and the Decent life*, Oxford, Oxford University Press.
- Fiss, O., 1976, "Groups and the Equal Protection Clause", en *Philosophy and Public Affairs*, vol. 5, pp. 107–177.
- Gloppen, S., 2006, "Analyzing the Role of Courts in Social Transformation", en R. Gargarella, et al. (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies*, forthcoming, Ashgate, London.
- Habermas, J., 1996, *Between Facts and Norms*, Cambridge, The MIT Press.
- Held, D., 1997, *Models of Democracy*, Stanford, Stanford University Press.
- Hunt, P., 1996, *Reclaiming Social Rights*, Sidney, Darmouth.
- Koh, H., 1999, *Deliberative Democracy and Human Rights*, Conn, Yale University Press.
- Kramer, L., 2001, "Foreword: We the Court", en *The Supreme Court, 2000 Term*, vol. 115, núm. 1.
- Manin, B., 1987, "On Legitimacy and Political Deliberation", en *Political Theory*, vol. 15(3), pp. 338–368.

- Michelman, F., 1987, "Possession vs. Distribution in the Constitutional Idea of Property", en *Iowa Law Review*, vol. 72, pp. 1319–1350.
- Nino, C., 1996, *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven, Yale University Press.
- , 1991, *The Ethics of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press.
- Sandel, M., 1996, *Democracy's Discontent. America in Search of a Public Philosophy*, Cambridge, M. A., Harvard University Press.
- Scott, C. y P. Macklem, 1992, "Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees? Social Rights in a New South African Constitution", en *University of Pennsylvania Law Review* 141, 1–148.
- Sunstein, C., 2004, *The Second Bill of Rights*, New York, Basic Books.
- , 1985, "Interest Groups in American Public Law", en *Stanford Law Review* 38, 29–87.
- Thompson, D., 1999, "Democratic Theory and Global Society", en *Journal of Political Philosophy*, 09638016, junio, vol. 7, núm. 2.
- Waldron, J., 1999, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press.
- , "A Right-Based Critique of Constitutional Rights", en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, núm. 1.
- Walzer, M., 1981, "Philosophy and Democracy", en *Political Theory*, vol. 9, pp. 379–399.

Recibido en octubre de 2005

Aceptado en abril de 2006