

RLFP

Revista
Latinoamericana de
Filosofía
Política

Centro de Investigaciones Filosóficas

ISSN 2250-8619 • Vol. XI • N° 5 • 2023 • Buenos Aires • Argentina

LA RELACIÓN ENTRE CIUDADANÍA Y CORTES CONSTITUCIONALES. DEMOCRATIZAR LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Alba Ruibal

SIMPOSIO

El derecho como una conversación entre iguales

de Roberto Gargarella

LA RELACIÓN ENTRE CIUDADANÍA Y CORTES CONSTITUCIONALES. DEMOCRATIZAR LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

ALBA RUIBAL

IDEJUS (CONICET - UNC), UNC

albaruibal@gmail.com

RESUMEN

El modelo de constitucionalismo dialógico que propone *El derecho como una conversación entre iguales*, de Roberto Gargarella, tiene un lugar para la actuación de las cortes constitucionales, bajo la condición de que ésta se oriente a resguardar las condiciones del diálogo en el sistema político, y de que las cortes incorporen en sus procesos de decisión mecanismos de deliberación pública inclusiva en condiciones de igualdad. En este último sentido, el planteo del libro participa de un sector de la teoría constitucional que adjudica un rol relevante a los actores extra-judiciales en el desarrollo de la interpretación de la constitución. Este artículo analiza las principales posiciones en el debate sobre la relación entre ciudadanía e interpretación constitucional, y sitúa el planteo del libro en esa discusión, identificando sus convergencias y divergencias con respecto a esos enfoques.

Palabras clave: Ciudadanía, Constitucionalismo dialógico, Cortes constitucionales, Democracia deliberativa, Procedimientos participativos.

ABSTRACT

The model of dialogical constitutionalism proposed by Roberto Gargarella in *The Law as a Conversation among Equals*, has a place for constitutional courts, under the condition that their decisions

are aimed at safeguarding the conditions of dialogue in the political system, and that they incorporate mechanisms for inclusive public deliberation in their decision-making processes. In this sense, the book's approach participates in a sector of constitutional theory that assigns a relevant role to extra-judicial actors in the development of the interpretation of the constitution. This article analyzes the main positions in the debate on the relationship between citizenship and constitutional interpretation, and situates the book's proposal in that discussion, identifying its convergences and divergences with respect to these approaches.

Keywords: Citizenship; Dialogic constitutionalism; Constitutional courts; Deliberative democracy; Participatory procedures.

Introducción

En *El derecho como una conversación entre iguales*, Roberto Gargarella propone la discusión en una comunidad de iguales como ideal regulativo para evaluar y repensar todo el sistema de organización del poder, según dos pilares principales de la democracia deliberativa: la inclusión de todas las personas afectadas y la discusión pública (Gargarella, 2021). El ideal de la conversación entre iguales se aplica también a la justicia constitucional. El modelo de constitucionalismo dialógico que propone el libro señala vías para democratizar el trabajo de las cortes constitucionales, y una clave principal en este sentido es su relación con la ciudadanía.

El planteo del libro en este sentido es parte de la discusión de un sector de la teoría constitucional que adjudica un rol relevante a los actores no-jurídicos en el desarrollo de la interpretación y el derecho constitucional. En este campo, más allá del interés común por las fuentes extra-judiciales del constitucionalismo, existen diferencias importantes entre las distintas propuestas, principalmente en torno al rol de la ciudadanía y de las cortes constitucionales en la interpretación constitucional y al problema de quién interpreta la constitu-

ción en última instancia. Asimismo, mientras que un conjunto de estas teorías son preeminentemente normativas –principalmente aquéllas que proponen quitar a las cortes la última palabra sobre la constitución–, otras son teorías positivas o explicativas sobre el desarrollo de la justicia constitucional –en general, aquéllas que argumentan, a través de investigación histórica, que las cortes efectivamente incorporan las demandas ciudadanas, o de las mayorías sociales. Este debate se desarrolló especialmente en Estados Unidos, donde el activismo de la corte suprema en materia de derechos y el uso del derecho como herramienta para el cambio social tuvieron lugar tempranamente. Dado que este modelo de justicia constitucional se expandió en las últimas décadas de manera global, y en América Latina en particular a partir del fortalecimiento de los sistemas de justicia constitucional desde los procesos de democratización, esta discusión tiene relevancia actual en nuestra región, y los distintos planteos tienen consecuencias para el análisis del rol de las cortes y de las propuestas de reforma institucional, que tienen un lugar central en el libro de Gargarella.

Este artículo analiza las principales posiciones en el debate sobre la relación entre ciudadanía e interpretación constitucional, y sitúa el planteo del libro en esa discusión, identificando sus convergencias y divergencias con respecto a esos enfoques. De este modo, se propone, en primer lugar, presentar un mapa de lectura de este campo, según dos criterios que se consideren centrales para entender las diferencias entre las distintas perspectivas: 1) el rol que adjudica cada enfoque a los actores sociales en la interpretación constitucional; 2) la relación entre actores sociales y cortes constitucionales en el proceso de interpretación de la constitución.¹ Sobre esa base, se procura, en segundo lugar, señalar la originalidad de los señalamientos

1. Otros análisis, más completos, sobre esta literatura pueden encontrarse en Kramer, 2004; Siegel, 2004; Gargarella, 2006.

del libro sobre este tema en particular, cuyo despliegue requiere un programa de investigación futuro.

La primera sección alude a la perspectiva general del libro con respecto al rol de las cortes en el modelo de constitucionalismo dialógico que propone. La segunda sección presenta una lectura del campo de teorías sobre las fuentes extra-judiciales del constitucionalismo, con énfasis en el rol que adjudican a los actores sociales en la interpretación constitucional y en cómo conciben la relación entre movimientos sociales y cortes constitucionales. La tercera analiza cómo se sitúa la propuesta del libro con respecto a esos enfoques, con foco en sus planteos específicos sobre la relación entre cortes y ciudadanía

1. Democratizar el trabajo de las cortes constitucionales en *El derecho como una conversación entre iguales*

Con base en el ideal regulativo de la conversación entre iguales, el libro plantea que existe un “deterioro insalvable del esquema constitucional” en los países latinoamericanos (Gargarella, 2021: 313), cuyas reformas más importantes a partir de la Constitución mexicana de 1917 se dirigieron a expandir los derechos, y dejaron intocado un sistema de gobierno al que se caracteriza como autoritario, excluyente y favorable a las elites. Sin modificar la arquitectura del poder, incluyendo formas de gobierno que promuevan la conversación entre iguales, se argumenta, no se pueden realizar los derechos.² Una de las críticas más importantes del libro se dirige al poder extraordinario que tienen los tribunales constitucionales como intérpretes últimos de la constitución. Se señala constantemente la tensión entre justicia constitucional y democracia, y

2. En palabras del autor, “trabajar por la estructura de los derechos requiere trabajar sobre la estructura de poder, es decir, sobre la organización democrática” (Gargarella, 2021: 191).

se concibe a la revisión constitucional como uno de los grandes obstáculos al diálogo democrático. Por eso, la solución desde el constitucionalismo no es seguir expandiendo la lista de derechos, sin modificar la arquitectura del poder. En este sentido, hay en este planteo un énfasis en los procedimientos y en la organización del poder, no en los derechos, ni en el resultado sustantivo de las decisiones. En esto se basa una de las principales críticas del libro al neo-constitucionalismo latinoamericano, que se ha centrado en el déficit de los derechos, y no en el déficit democrático.

El libro señala que, bajo el esquema existente, el contramayoritarismo, o anti-mayoritarismo, en el sentido de desconfianza hacia la democracia y exclusión de la ciudadanía, se encuentra no sólo en el lugar que tienen las cortes, sino en todo el sistema institucional. Es decir, hay un problema si la justicia constitucional reemplaza a la ciudadanía y al debate público, pero también si lo hace el congreso, que no representa la multiplicidad de voces de las sociedades contemporáneas, y también si se hacen consultas populares sin discusión ciudadana.³ La necesidad o propuesta de una mayor democracia, en el sentido de deliberación pública inclusiva entre participantes con igualdad de status, es para todo el entramado institucional. Según el planteo del libro, es necesario cambiar la organización del poder para servir a los derechos, moderando mucho los poderes presidenciales, pero también dando más protagonismo a procesos de discusión pública, a través de la creación de procedimientos para la participación igualitaria en la deliberación, inclusive en las instituciones judiciales.

Si bien el libro plantea una crítica radical al sistema constitucional de las democracias latinoamericanas, su propuesta

3. En este sentido, se especifica: “lo que venimos a reclamar aquí es otra cosa: debate, correcciones y ayudas mutuas, intercambio de información, precisiones y matizaciones elaboradas colectivamente en una conversación abierta, continua, inacabada. De eso hablamos cuando hablamos de diálogo” (Gargarella, 2021: 275)

no es terminar con todas las instituciones existentes. El método de la obra, en su aspecto propositivo, es otro: parte de ejemplos concretos recientes para mostrar que el ideal del diálogo democrático no es una utopía irrealizable en nuestros propios sistemas institucionales. A través de la presentación de ejemplos contemporáneos de mecanismos participativos, sostiene que las prácticas dialógicas son posibles. Inclusive respecto específicamente al sistema de justicia constitucional, que es foco central de crítica, plantea que existen alternativas para una conversación entre iguales, y señala cómo han sido puestas en práctica en distintos contextos. La propuesta en este sentido es cómo hacer el control judicial más compatible con la democracia deliberativa, cómo vincular los ideales básicos del derecho a los ideales democráticos.

En cuanto al rol de las cortes constitucionales en un sistema democrático, el libro sostiene que los tribunales tienen un lugar en la democracia deliberativa, siempre que adopten una posición procedimentalista, no sustancialista, orientada a controlar el proceso democrático y sus precondiciones. En este sentido, señala que la política democrática debe tomar las decisiones sustantivas y el rol de los jueces deben ser restringido o auto-contenido. Pero cuando esas decisiones fracasan, porque se tomaron violando reglas procedimentales básicas, o porque se dirigen a modificar las reglas del juego democrático, los tribunales constitucionales tienen que ser muy activos para asegurar que todos los actores puedan participar del diálogo democrático y que no se afecten las condiciones y procedimientos del debate democrático (Gargarella, 2021: 233). Este aspecto del reconocimiento del rol de las cortes constitucionales tiene que ver con el problema de *qué* deciden las cortes. Pero el libro también admite la actuación de las cortes constitucionales en la democracia si cumplen ciertas condiciones relacionadas con el problema de *quién* decide: en este sentido, sostiene que es posible democratizar el trabajo de las cortes constitucionales mediante formas de constitucionalismo dialógico, que el libro señala que se han desarrollado en las últimas décadas. Estos

procedimientos, argumenta, constituyen una propuesta superadora del sistema de frenos y contrapesos para regular la relación entre las cortes y los demás poderes y entre las cortes y la sociedad civil.⁴ En este punto, la propuesta se vincula con el campo de la teoría constitucional que se ha ocupado de la relación entre justicia constitucional y ciudadanía.

2. Principales posiciones teóricas en torno a la relación entre cortes constitucionales y ciudadanía

Los estudios que reconocen un papel a los actores extra-judiciales en el desarrollo del derecho se refieren generalmente a la ciudadanía y los movimientos sociales, no a grupos de presión empresariales o poderes de facto. En este sentido, se ha señalado que considerar a los movimientos sociales como una fuente de derecho no implica sostener que los actores sociales tengan un papel preeminente con respecto a los otros factores no-jurídicos que pueden influir en el cambio legal –en particular, poderes de facto, políticos o económicos–, sino reconocer que el cambio legal no sólo está constituido por la influencia de grupos de interés o de poderes políticos hegemónicos, sino también por las aspiraciones e intereses de actores en la sociedad civil (Rubin, 2001: 82).

En el campo de teorías que tienen en común la pregunta por el rol de actores extra-judiciales en la interpretación de la constitución existen divergencias vinculadas, entre otros aspectos, a cómo conciben el rol de la ciudadanía y los movimientos sociales en la interpretación constitucional, y al lugar que asignan a las cortes constitucionales como intérpretes de

4. Entre los ejemplos analizados por el libro específicamente vinculados con la relación entre cortes y ciudadanía se encuentran la iniciativa de compromisos significativos implementada por la Corte Constitucional sudáfrica y las audiencias públicas llevadas adelante por la Corte Suprema argentina (ver Gargarella, 2002: 251, 263).

la constitución. En este sentido, se distinguen tres posiciones principales: a) por un lado, un conjunto de teorías que sostienen que existe una conexión, y una concordancia, entre los desarrollos y demandas sociales y la evolución del derecho constitucional, y en su explicación asignan un rol indirecto a los actores sociales en el desarrollo de la interpretación constitucional, que es dominio de las cortes. Por otro lado, dentro de un marco general de teorías que subrayan el papel de los actores sociales en la construcción del derecho y los conciben como agentes que participan directamente en la interpretación de la constitución, se distinguen dos posiciones principales, según la relación que postulan entre movimientos sociales y cortes: b) el constitucionalismo popular, que rechaza el rol de las cortes constitucionales como intérpretes últimos de la constitución, y por lo tanto no pone énfasis en la relación de la ciudadanía y las cortes, y c) el constitucionalismo democrático, que se interesa por la influencia de los movimientos sociales sobre las decisiones de las cortes constitucionales, a la vez que acepta la supremacía judicial.

La lectura que se propone de estos modelos incluye obras paradigmáticas, que son referencias centrales en este campo y que ejemplifican las principales posiciones, más allá de que en muchos casos las distintas explicaciones tienen afinidades entre sí, no son mutuamente excluyentes, y de que algunos autores, en otros momentos, hayan adoptado otras perspectivas sobre el tema. La distinción es analítica, y no tiene el propósito de ubicar a los distintos autores en cada posición, sino de identificar los principales enfoques en esta discusión.

2.1. Un vínculo mediado entre ciudadanía y cortes. La interpretación constitucional es dominio de los tribunales

Una serie de teorías explicativas sostiene que las decisiones de las cortes se conectan con los desarrollos en la sociedad, la voluntad popular o las demandas sociales, pero le adjudica

can una influencia indirecta a la ciudadanía, no le reconocen un papel activo en la interpretación de la constitución, que pertenece a las cortes. Generalmente, estos modelos son teorías positivas, sociológicas o históricas, sobre los mecanismos y mediaciones a través de los cuales se produce esa conexión entre cortes y sociedad, no teorías normativas. A través de investigación empírica, argumentan que hay una concordancia entre la voluntad mayoritaria y las decisiones judiciales, y explican cómo esa concordancia se produce a través de distintos procesos generados por la propia dinámica política, social e institucional. En este sentido, no se ocupan del análisis de mecanismos participativos en los procesos judiciales. Sostienen que, si se analiza la evolución de las decisiones judiciales en el mediano plazo, las cortes siguen la voluntad popular, y esto de algún modo legitima la supremacía judicial.

2.1.1. Impacto de la política electoral sobre la orientación de las cortes

Una de las teorías que explican cómo la voluntad popular influye en el derecho constitucional destaca el papel de los partidos políticos en la designación de los magistrados de las altas cortes, en sistemas en los que este proceso está controlado por los poderes políticos, generalmente por el Presidente y el Senado (Marshal, 1989; Mishler-Shenan, 1993; Norpoth-Segal, 1994; Balkin-Levinson, 2001). Según esta perspectiva, los partidos políticos son los principales mediadores entre la sociedad y las decisiones de los tribunales en materia de derecho constitucional. De acuerdo con este enfoque, los partidos políticos representan no sólo los puntos de vista de la gente sobre asuntos políticos ordinarios, sino también sobre valores y cuestiones constitucionales.

Los movimientos sociales se incorporan a este modelo, pero su influencia se ejerce, en primer lugar, sobre los partidos políticos, que a su vez influyen en la composición de la corte cons-

titucional. Balkin y Levinson (2001) afirman que los partidos políticos, en su papel de mediadores entre la sociedad y las decisiones judiciales, están influenciados por los movimientos sociales, y que al mismo tiempo filtran las opiniones de esos movimientos.⁵ En última instancia, los jueces deciden –dentro de las limitaciones inherentes a su función institucional– de acuerdo con sus preferencias políticas, que se supone que reflejan la correlación de fuerzas políticas en el momento de su confirmación (Balkin-Levinson, 2001). Esta explicación se vincula con el modelo actitudinal sobre el comportamiento judicial, que sostiene que las decisiones de los tribunales están determinadas principalmente por las preferencias de los jueces con respecto a cuestiones de política general (Segal-Spaeth, 1993) –más allá de que los jueces actúan en el marco de los condicionantes propios del campo jurídico, distintos a los de los cargos electivos (Balkin-Levinson, 2001).⁶

2.1.2. Constitucionalismo popular mediado

Una explicación alternativa, cuyo autor denomina “constitucionalismo popular mediado”, argumenta que la concordancia entre las preferencias del público y el derecho constitucional se produce a través de los incentivos que enfrentan los jueces en su función, más allá de las consecuencias del proceso de designación sobre la composición de una corte (Friedman,

5. Los autores afirman que “una función clave de los partidos políticos es negociar e interpretar significados políticos y asimilar las demandas de los electores y movimientos sociales; como tales, los partidos son la principal fuente de transformaciones constitucionales” (Balkin-Levinson, 2001: 1068).

6. Desde esta perspectiva, Balkin y Levinson explican el desarrollo de lo que denominan como una revolución conservadora en la doctrina constitucional en Estados Unidos, a partir del nombramiento de William Rehnquist como Presidente de la Corte Suprema por parte del Presidente Reagan en 1986, y de la sucesiva designación de una serie de jueces conservadores en la Corte.

2003). Desde esta perspectiva, las altas cortes están atentas a la voluntad popular porque necesitan la aceptación y el apoyo de la ciudadanía para afirmar su independencia, construir su poder institucional y facilitar la implementación de sus decisiones (Friedman, 2003: 2611). Esta explicación está en consonancia con un modelo estratégico del comportamiento judicial, que lo concibe como dependiente de las expectativas sobre el comportamiento de otros actores (Epstein-Knight, 1997). También está en línea con las teorías sobre el apoyo difuso o la legitimidad institucional de los tribunales. Estas teorías afirman que las cortes necesitan cierto grado de confianza y apoyo permanente o estable por parte del público, más allá del apoyo o rechazo específico a determinadas decisiones (Murphy-Tanenhaus, 1968; Caldeira-Gibson, 1992).

Según el modelo del constitucionalismo popular mediado, las cortes responden a la opinión popular a través de una serie de mediaciones y a lo largo del tiempo, y el público juega un papel de control, o una función de rendición de cuentas, al comunicar su satisfacción o insatisfacción con los fallos judiciales. En este esquema, los movimientos sociales son considerados como uno de los mecanismos de coordinación para transmitir la reacción popular a las decisiones judiciales. Desde esta perspectiva, el papel de la ciudadanía no es aportar nuevos conceptos o razonamientos jurídicos que puedan ser incorporados a las decisiones de los tribunales, sino comunicar ex-post su aprobación o desaprobación hacia las sentencias de los tribunales. Es decir, los actores sociales tienen como función garantizar la rendición de cuentas con respecto a los fallos judiciales, y no se les reconoce un rol en la interpretación o la creación de nuevos entendimientos constitucionales.

2.1.3. La cultura jurídica de la profesión legal

Por su parte, el trabajo de Ackerman (2006) reconoce que la construcción conceptual por parte de los movimientos socia-

les puede influir en el desarrollo de la doctrina jurídica, pero argumenta que esta influencia es indirecta y que la interpretación constitucional es un asunto de las cortes. Este enfoque concibe a la interpretación constitucional como separada de la política y la influencia del pueblo (ver Ackerman, 2006: 1421). En el centro de esta explicación está la idea de que la fuente de los cambios constitucionales reside en la cultura jurídica dominante, es decir, en la cultura de la profesión jurídica, no en la cultura popular. Los movimientos sociales pueden influir en el desarrollo de la doctrina constitucional al argumentar que sus demandas sobre un determinado tema se ajustan a las concepciones prevalecientes en el campo de la profesión legal, pero el papel de los movimientos sociales no se considera una condición suficiente o necesaria para producir innovación en la doctrina constitucional (Ackerman, 2006: 1422).

2.2. Los actores sociales como agentes en la interpretación de la constitución

Por otra parte, existe un conjunto de teorías que reivindican las fuentes cívicas de la interpretación constitucional y remarcan la capacidad de los actores no-judiciales para interpretar la constitución, crear conceptos y argumentos legales y participar directamente en la construcción del derecho. En este campo se encuentran dos perspectivas principales: por un lado, una línea central del constitucionalismo popular y, por otro, el llamado constitucionalismo democrático. Ambos enfoques sostienen que el involucramiento de la ciudadanía en la interpretación de la constitución es normativamente deseable y empíricamente posible. Sin embargo, difieren en cómo conciben el rol de las cortes y en la importancia que otorgan a la relación entre éstas y la ciudadanía. Mientras que el constitucionalismo popular plantea que la interpretación constitucional se debe hacer fuera de las cortes y niega la última palabra a los tribunales en materia constitucional, el constitucionalismo

democrático acepta la supremacía judicial y tiene un interés central en analizar la relación entre actores sociales y cortes, y cómo los tribunales incorporan los argumentos legales de los movimientos sociales.

2.2.1. Constitucionalismo popular. La constitución en la esfera de la ciudadanía y de los poderes políticos

En sus distintas versiones, el constitucionalismo popular argumenta, generalmente de manera normativa, en contra de la autoridad final de los tribunales para interpretar la constitución y decidir sobre la ampliación de derechos. Sostiene que los ciudadanos en general, o los poderes electos por los ciudadanos, según cada planteo, son más aptos para interpretar las normas constitucionales (Kramer, 2004; Levinson, 1988; Tushnet-Sunstein-Waldron, 1999; West, 1990). Más allá de si sostienen una versión fuerte o débil sobre la constitución fuera de las cortes –en el sentido de en qué medida y en qué materias niegan el rol de las cortes como intérpretes de la constitución–,⁷ los enfoques que integran este campo no analizan ni teorizan las formas en que la ciudadanía podría participar e influir en el trabajo de las cortes; su interés no está en esa relación. En este sentido, un texto reciente de Tushnet (2022), que es una de las pocas obras dentro de este enfoque que analiza dispositivos concretos que permitirían implementar el constitucionalismo popular –más allá de los procedimientos parlamentarios, enfatizados por autores como

7. Como señala Gargarella (2006), mientras que en el planteo de Kramer lo que debe abolirse es la supremacía judicial, en el enfoque de Tushnet o Waldron hay una impugnación más general a todo control judicial de constitucionalidad. Por otra parte, puede advertirse que en esta literatura por momentos no está claro si los autores están en contra de la extensión del tipo de asuntos sobre los que decide la corte (qué se decide), o si el problema es sobre qué actores recae la decisión en última instancia (quién decide).

Waldron (1999) y West (1990)—, no se refiere a mecanismos participativos de la ciudadanía ante las cortes constitucionales.⁸ Asimismo, los textos que en este campo estudian el constitucionalismo dialógico, ponen su foco en la relación entre la corte constitucional y la legislatura, no entre aquella y la ciudadanía (p. ej., Tushnet, 2009).

2.2.2. Constitucionalismo democrático. Legitimidad de la supremacía judicial

El llamado constitucionalismo democrático (Siegel-Post, 2007) es cercano al constitucionalismo popular en su idea básica de que la interpretación constitucional se puede desarrollar fuera de los marcos jurídicos formales, y en su reconocimiento de los actores sociales como partícipes directos en la interpretación de la constitución. Pero se orienta a demostrar, generalmente desde un punto de vista histórico y sociológico, que existe un vínculo entre los argumentos legales producidos por la ciudadanía y las decisiones de los jueces (Minow, 1987; Pope, 1996; Siegel, 2001, 2006; Eskridge, 2001; Rubin, 2001; Mayeri, 2004; Siegel-Post 2007; Balkin, 2011). Esta perspectiva se ha inspirado en el concepto de jurisprudencia, que se refiere a la creación de significado legal como parte de una narrativa cultural que se crea colectivamente en una amplia gama de escenarios sociales y es institucionalizada por el poder estatal (Cover, 1983).⁹ Se asume que tanto los jueces como los representantes

8. Las instituciones que analiza Tushnet (2022) son: 1) formas de legislación popular directa, tales como los referéndums, 2) mandatos imperativos o instrucciones a los representantes, y 3) el uso de tecnologías de comunicación para la expresión de las preferencias de la ciudadanía, más allá del voto periódico o las encuestas.

9. Cover argumenta que el estado no está mejor preparado que otros actores para crear significado legal, pero también afirma que el estado se vuelve central sólo porque un proceso de jurisprudencia requiere compromiso e

electos y los actores sociales tienen un papel en el desarrollo del derecho constitucional, pero que los tribunales tienen la decisión final para resolver los conflictos constitucionales.

Desde esta perspectiva, el reconocimiento del rol de los actores extra-judiciales en la interpretación constitucional no implica la negación de la supremacía judicial, sino que es una de las bases de su legitimación en un sistema democrático (Siegel-Post, 2007).¹⁰ En este sentido, parte del método en este enfoque es indagar sobre la conexión entre los razonamientos judiciales dentro de las cortes con las demandas y conceptualizaciones acerca de la constitución desarrollada por personas y grupos sociales que se encuentran fuera de las cortes (Siegel, 2001: 300). No hay en esta literatura una preocupación por procedimientos participativos en los procesos de decisión de las cortes, sino que a través del análisis empírico tanto de la movilización social y del modo en que los actores sociales definen sus demandas de derechos, como del desarrollo de la jurisprudencia, se asume que las cortes escuchan los reclamos sociales y sus encuadres. Un concepto central en esta perspectiva es el de cultura constitucional, entendida como las ideas y principios de los actores no-jurídicos, en contraste con el derecho constitucional pronunciado por las cortes (Post, 2003: 8). La cultura constitucional, definida también como una red de prácticas y entendimientos sobre la interpretación constitucional, es lo que permite la interacción entre ciudadanía y agentes estatales en torno a la interpretación de la constitución (Siegel, 2006: 1325-1326).

institucionalización (Cover, 1983: 11). En este sentido, Cover analiza la tensión entre la producción social del derecho como sentido y la organización del derecho como poder (el poder de controlar la multiplicidad de sentidos creados por jurisprudencia).

10. Post y Siegel señalan que no entienden la supremacía judicial y el constitucionalismo popular como sistemas de ordenamiento constitucional mutuamente excluyentes: “están de hecho interconectados dialécticamente y han coexistido por largo tiempo” (Post-Siegel, 2004: 1029).

3. Discusión

En *El derecho como una conversación entre iguales* existe un reconocimiento de que los tribunales pueden promover en sus procesos de decisión prácticas dialógicas, tanto entre la corte y los otros poderes como entre la corte y la ciudadanía. A diferencia de lo que ocurre en la mayor parte de la literatura sobre la relación entre cortes y actores sociales, hay en esta obra una preocupación por la exploración de formas concretas de vincular el sistema de justicia constitucional con la ciudadanía. En este sentido, se describen mecanismos participativos que han sido implementados desde la década de 1980 por distintas cortes constitucionales. Se mencionan, por ejemplo, las audiencias públicas organizadas por cortes constitucionales en distintos países latinoamericanos, así como el mecanismo de compromiso significativo, por el cual la corte sudafricana ordenó a las partes dialogar hasta ponerse de acuerdo en casos de ocupación de tierras y desalojos, lo cual favoreció la inclusión en el proceso de decisión de grupos sociales generalmente marginados de la discusión pública.

Al mismo tiempo, el libro expresa desconfianza hacia las posibilidades efectivas de institucionalización y expansión de estos mecanismos, que permitan garantizar la realización periódica de prácticas dialógicas significativas. En este sentido, señala la falta de incentivos de los jueces para instituirlos, así como la prevalencia de una arquitectura institucional que no las favorece (Gargarella, 2021: 236). Un problema central es cómo hacer que un sistema de frenos y contrapesos, pensado para contrarrestar la ambición y el auto-interés de las distintas facciones, los propios actores de ese sistema decidan incorporar de manera sistemática y relevante la voz de las mayorías sociales: “en un esquema preparado para hacer frente a “demonios”, el diálogo terminó por depender de la voluntad de los “ángeles” (Gargarella, 2021: 318). Para lograr que las prácticas dialógicas se vuelvan sistemáticas y relevantes, la promoción del diálogo no puede depender de la voluntad

discrecional de actores que en algún momento pueden tener incentivos para promoverlas, y en otros momentos pueden no tenerlos.

Sin embargo, el escepticismo con respecto a las posibilidades de institucionalización de estas prácticas es otro tipo de problema, vinculado a la factibilidad de un cambio que se considera deseable y también posible, en tanto ya se ha realizado (Gargarella, 2021: 236-294).¹¹ Más allá de la dificultad de su implementación, la propuesta del libro no abandona el entusiasmo por formas participativas que han fomentado una deliberación más igualitaria: “las experiencias del constitucionalismo dialógico ayudaron a tomar decisiones en áreas completamente estancadas durante décadas, frente a un inmovilismo alimentado tanto desde la política como desde la rama judicial (Gargarella, 2021: 330). Esta valoración y esta búsqueda de prácticas concretas de procedimientos dialógicos por parte de las cortes constitucionales con relación a la ciudadanía es un aspecto del planteo del libro que lo diferencia de la literatura anterior. En las observaciones que siguen, será un criterio para analizar la cercanía y distancia de su planteo con respecto a los distintos enfoques dentro de esa literatura.

En primer lugar, el planteo del libro no está en línea con el argumento que sostiene tanto el primer conjunto de teorías analizadas como el constitucionalismo democrático, en cuanto al desarrollo de una cierta correspondencia en el tiempo entre las decisiones de una corte constitucional y los entendimientos y preferencias mayoritarias con respecto a cuestiones constitucionales, la cual legitima de algún modo, desde esas perspectivas, el control de constitucionalidad. En el libro no hay una confianza en esos mecanismos espontáneos de transmisión e

11. En este sentido, el autor señala que a lo largo del libro se abogó por “un constitucionalismo democrático que puede entretenerse como posible, pero que todavía no tenemos –ni es obvio que alguna vez tengamos” (Gargarella, 2021: 332).

incorporación de preferencias sociales, ni tampoco su interés principal se encuentra allí, sino en la participación igualitaria y efectiva en procesos deliberativos, que no tiene que ver con los resultados que se puedan obtener, por ejemplo, en términos de fallos de las cortes. En el planteo del libro no alcanzaría con esa correspondencia, si pudiese establecerse, para conjugar de un mejor modo constitucionalismo y democracia. Esas explicaciones sobre cómo llega a expresarse la voluntad popular en las decisiones de las cortes no satisfacen los criterios del diálogo democrático que propone el libro, sino que es necesario establecer, de manera intencional, procedimientos y formas institucionalizadas de constitucionalismo dialógico.

Con respecto específicamente a la explicación propuesta por Balkin y Levinson (2001), es innegable la influencia partidaria sobre los procesos de designación de jueces de una corte, y consecuentemente sobre la conformación dentro de ésta de una mayoría con determinada orientación ideológica, y en última instancia sobre su jurisprudencia, especialmente en determinadas materias.¹² Sin embargo, el libro critica justamente que haya quedado sólo el voto periódico como único mecanismo para el control externo de los poderes del estado por parte de la ciudadanía (Gargarella, 2021: 120). Por tanto, es imaginable que sus aspiraciones con respecto al diálogo democrático no se satisfarían con esta forma de influencia ciudadana en un proceso tan mediado como es la elección de jueces por los órganos políticos. Por otra parte, con relación al planteo de Friedman (2004), la idea de que el constitucionalismo popular se realiza a través de la crítica ex-post de la ciudadanía sobre las decisiones de la corte, tampoco implica el reconocimien-

12. El fallo “Dobbs vs. Jackson Women’s Health Organization” emitido por la Suprema Corte de Estados Unidos el 24 de junio de 2022, que anuló la jurisprudencia de *Roe vs. Wade* (1973) y *Planned Parenthood vs. Casey* (1992) sobre el derecho al aborto, es un ejemplo cabal del impacto de la consolidación de la revolución conservadora en la composición y la doctrina de la Corte, caracterizada por Balkin y Levinson (2001).

to de los actores sociales como partícipes en la interpretación constitucional, sino que se les adjudica una función de control o rendición de cuentas sobre decisiones en las que no han intervenido.

El campo en que se sitúa el libro es el de las teorías que reivindican las fuentes cívicas de la interpretación constitucional y dan un papel central a los actores sociales en la construcción del derecho. Sin embargo, la propuesta del libro específicamente con respecto a mecanismos de constitucionalismo dialógico en las cortes no se encuadra totalmente bajo ninguna de las propuestas existentes. Si bien tiene una afinidad con el constitucionalismo popular, también se pueden identificar algunas diferencias importantes con respecto a algunos de los planteos dentro de esta corriente. Por un lado, el campo del constitucionalismo popular muestra generalmente un rechazo tal a la última palabra de las cortes, que generalmente no manifiesta interés en indagar sobre la posibilidad de que la ciudadanía participe en el proceso de decisión de éstas. Por otra parte, a diferencia de posiciones que reclaman un rol mínimo de las cortes e incluso llevar la constitución fuera de los tribunales, en el planteo del libro se requiere una fuerte intervención de las cortes en determinados casos, orientada a garantizar las condiciones del diálogo entre iguales. En esos casos, se puede asumir, se admitiría incluso la supremacía judicial. En este sentido, el libro no aboga por quitar la constitución a las cortes para fortalecer, por ejemplo, al poder legislativo.¹³ Tampoco la supremacía legislativa sería la solución, sino la apertura de las instituciones, incluidas las cortes, hacia prácticas dialógicas que garanticen la deliberación colectiva en condiciones de

13. En defensa de experiencias concretas de deliberación pública inclusiva, el autor sostiene que “si el procedimiento está bien organizado [...] el debate inclusivo es posible, y sobre todo, deseable. Ante la existencia real de estas opciones, el énfasis en el Congreso resulta innecesariamente limitado, conservador (Gargarella, 2021: 294).

igualdad.¹⁴ Según el planteo del libro, hay un problema en la legitimidad de la decisión de cualquier órgano de gobierno si no es producto de una deliberación inclusiva, o si hay una ausencia sistemática de determinados grupos.

El planteamiento del libro es cercano al constitucionalismo democrático, en el sentido de que en ambos se encuentra la visión de la participación directa de la ciudadanía en la interpretación constitucional, y también la idea de que las cortes pueden escuchar los argumentos de los actores sociales. Pero esa escucha tiene sentidos distintos en ambas propuestas: en el libro no existe necesariamente un vínculo entre actores sociales y cortes, sino que el diálogo y la participación se deben promover a través de mecanismos institucionales específicos. El libro no sostiene un argumento sociológico que explica la interacción entre ciudadanía y cortes, como en el constitucionalismo democrático, sino una posición normativa, como en el constitucionalismo popular, sobre la necesidad de que la ciudadanía participe en la interpretación constitucional. A su vez, seguramente autores como Siegel y Post no se opondrían a que la sociedad participe a través de esos mecanismos en los procesos de decisión de las cortes, pero el planteo de estos autores no atiende a estos mecanismos.

La relación entre ciudadanía y cortes, en el planteo del libro, no se da de manera espontánea bajo el marco institucional actual. Hace falta crear procedimientos que promuevan esa participación, y además éstos deben institucionalizarse.¹⁵

14. El último párrafo del libro expresa “enfrentamos dificultades estructurales para representar la multiculturalidad que nos rodea, tanto por medio de un Congreso que parece carcomido por dentro como por medio de un Ejecutivo unipersonal que encarna el verticalismo autoritario cuya bondad no esperamos. Pero a la vez [...] tampoco podemos descansar sobre instituciones judiciales que siguen actuando conforme a esquemas discrecionales y siguen organizadas bajo criterios innecesariamente antidemocráticos” (Gargarella, 2021: 332).

15. De lo contrario, como afirma el autor, “si –como parece ser la regla–

Los ejemplos de constitucionalismo dialógico que se analizan indican que las prácticas participativas son posibles, y que no hay barreras insalvables dentro de los marcos constitucionales actuales para que las cortes promuevan la deliberación pública. Pero a la vez, se señala, no hay incentivos para que las formas dialógicas se conviertan en prácticas institucionales estables. Esto abre la necesidad de investigación futura específicamente sobre cómo deberían ser las bases institucionales para el constitucionalismo dialógico en el ámbito judicial, y cómo podrían establecerse e institucionalizarse estas prácticas.

El punto de llegada del libro en este sentido indica la necesidad de mayor conocimiento sobre qué es lo que habría que institucionalizar y cómo podría lográrselo, a través de qué tipo de cambios, tanto en el sistema de incentivos de los jueces como en la arquitectura institucional de las cortes y en su relación con los otros poderes y con la ciudadanía. Más allá de la factibilidad de un cambio que puede depender, por ejemplo, de la demanda y movilización por parte de sectores relevantes de la sociedad y del sistema político, y por lo tanto es imprevisible, un programa de investigación sobre cómo traducir el ideal de la conversación entre iguales a procedimientos institucionalizados y estables en los órganos judiciales podría significar un primer paso en esa dirección.

BIBLIOGRAFÍA

Ackerman, B. (2006). "Interpreting the Women's Movement". *California Law Review*, 94, 1421-1437.

las instituciones públicas —como las cortes supremas— gozan de total libertad para decir cuándo y cómo impulsar compromisos significativos, entonces la eficacia que esta práctica deja esperar queda severamente debilitada, tal como ocurrió en el caso de la Corte sudafricana" (Gargarella, 2021: 274).

- Balkin, J. (2011). *“Constitutional redemption: political faith in an unjust world”*, Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Balkin, J. y Sanford, L. (2001). “Understanding the Constitutional Revolution”, *Virginia Law Review*, Vol. 87: 1045-1108.
- Caldeira, G. y Gibson, J. (1992). “The Etiology of Public Support for the Supreme Court”, *American Journal of Political Science*, Vol. 36: 635-664.
- Epstein, L. y Knight, J. (1997). *The choices justices make*. Washington D.C., Congressional Quarterly Press.
- Eskridge, W. (2001). “Channelling: Identity-based social movements and public law”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vo. 150, No. 1: 419-525.
- Friedman, B. (2003). “Mediated Popular Constitutionalism”, *Michigan Law Review*, Vol. 101: 2596-2632.
- Gargarella, R. (2006). “El nacimiento del ‘constitucionalismo popular’”, *Revista de libros de la Fundación Caja Madrid*, No. 112: 15-18.
- Gargarella, R. (2021). *El derecho como una conversación entre iguales: Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran—por fin—al diálogo ciudadano*. Buenos Aires, Siglo XXI.
- Levinson, S. (1988). *Constitutional Faith*. Princeton, Princeton University Press.
- Marshall, T. (1989). *Public Opinion and the Supreme Court*. Winchester, MA: Unwin Hyman.
- Mayeri, S. (2004). “Constitutional Choices: Legal Feminism and the Historical Dynamics of Change”, *California Law Review*, Vol. 92: 755-839.
- Minow, M. (1987). “Interpreting Rights: An Essay for Robert Cover”, *The Yale Law Journal*, Vol. 96, No. 8: 1860-1915.
- Mishler, W. y Sheehan, R. (1993). *The Supreme Court as a Countermajoritarian Institution? The Impact of Public Opinion on Supreme Court Decisions*, *American Political Science Review*, Vol. 87, No. 1: 87-101.

- Murphy, W. y Tanenhaus, J. (1968). "Public Opinion and the United States Supreme Court: Mapping of Some Prerequisites for Court Legitimation of Regime Changes", *Law and Society Review*, Vol. 2, 357-384.
- Norpoth, H y Segal, J. (1994). "Popular Influence on Supreme Court Decisions", *American Political Science Review*, Vol. 88, No. 3: 711-724.
- Pope, J. (1996). "Labor's Constitution of Freedom". *Yale Law Journal*, Vol. 106: 941-1031.
- Post, R. (2003). "The Supreme Court, 2002 Term: Foreword: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law", *Harvard Law Review*, Vol. 117, No. 4: 4-112.
- Post, R. y Siegel, R. (2004). "Popular constitutionalism, departmentalism, and judicial supremacy." *California Law Review* 92.4: 1027-1043.
- Rubin, E. (2001). "Passing through the door: Social movement literature and legal scholarship", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 150: 1-83.
- Siegel, R. (2001). "Text in Contest: Gender and the Constitution from a Social Movement Perspective", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 150: 297-351.
- Siegel, R. (2004). "The jurisgenerative role of social movements in United States Constitutional Law". Presented at SELA, Oaxaca, México, June.
- Siegel, R. (2006). "Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the de facto ERA", *California Law Review*, Vol. 94: 1323-1419.
- Siegel, R. y Post, R. (2007). "Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash", *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Vol. 42: 373-433.
- Sunstein, C. (1999). *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Tushnet, M. (1999). *Taking the Constitution Away from de Courts*. New Jersey, Princeton University Press.

- Tushnet, M. (2009). "Dialogic judicial review", *Arkansas Law Review* Vol. 61, No. 2: 205-216.
- Tushnet, M. (2022). "Institutions for realizing popular constitutionalism", *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, No. 47.
- Waldron, J. (1999). *The dignity of legislation*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- West, R. (1990). "Progressive and Conservative Constitutionalism", *Michigan Law Review*, Vol. 88, No 4: 641-721.

Fecha de recepción, 11 de mayo de 2023

Fecha de aceptación, 3 de septiembre de 2023