

I.- Aproximación al tema

Para introducirse en el estudio del constitucionalismo, cabe dilucidar qué problemas buscan revertir los arreglos institucionales propios de cada corriente. En efecto, cuando se mira hacia atrás en el tiempo se constata, una y otra vez, que el constitucionalismo siempre aparece asociado a la necesidad de poner fin a determinada problemática (Gargarella y Courtis, 2009). Para ilustrar esta idea, vale recordar el caso del constitucionalismo moderno, cuyo propósito fue limitar el poder político y distribuirlo en distintas ramas de gobierno para garantizar las libertades de los habitantes¹. Asimismo, no puede soslayarse que las distintas corrientes tienen, de igual manera, sus fines específicos, baste mencionar el neoconstitucionalismo, como así también el constitucionalismo popular, el minimalista, el conservador, el democrático, el latinoamericano, entre otros. En tal sentido, entonces, dado que el objeto central del presente trabajo estriba en examinar críticamente esta corriente y práctica novedosa que ha dado en denominarse *constitucionalismo dialógico* o *discursivo*, una manera plausible de comenzar esta labor consiste en formular el siguiente interrogante: cuál es el principal objetivo que se propone alcanzar o cuáles objeciones ella se direcciona remediar.

Bajo la misma metodología, también puede señalarse que toda teoría de la democracia persigue propósitos determinados. En lo que a este trabajo concierne, corresponde advertir que los diseños y prácticas de las instituciones públicas atraviesan desde fines del Siglo XX un contexto de críticas. Muchas de ellas son puestas de manifiesto a partir de un específico marco teórico, el que comienza a profundizarse con el advenimiento del *giro deliberativo de la democracia*. En efecto, desde allí comienzan a repensarse las instituciones, las normas y los procedimientos de toma de decisiones que versan sobre los asuntos políticos. A su vez, dicho paradigma normativo remite a la cuestión de la institucionalización de mecanismos de formación pública de la opinión y la voluntad política, a fin de discutir y adoptar las medidas que atañen a la sociedad. *Grosso modo*, la democracia deliberativa es una teoría que defiende un particular *ideal regulativo*, concretamente, aquel según el cual la legitimidad e imparcialidad de las decisiones políticas depende de la discusión y de la inclusión social.

Ahora bien, aunque la corriente deliberativa de la democracia proporcionó profusas y vastas herramientas teóricas para evaluar los métodos decisorios existentes en las sociedades modernas, también es cierto que su alcance e impacto no fue el mismo respecto de las prácticas e ingenierías institucionales de la jurisdicción constitucional. Dichos aspectos solamente fueron

¹ En tal sentido, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 establecía que “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes determinada, carece de Constitución” (art. 16).

abordados de manera abstracta y genérica. Sin embargo, esta circunstancia comenzó a revertirse lenta y gradualmente desde el surgimiento del denominado *constitucionalismo dialógico*, cuyos postulados se hallan en sintonía con los que suscribe la teoría deliberativa de la democracia, pero su preocupación se centra, ahora sí, en explicitar y revertir las falencias del Poder Judicial.

Así pues, el desafío que se propone el constitucionalismo dialógico consiste en atender, principalmente, a la *objeción o dificultad contrademocrática*² y al problema de la *última palabra* en la interpretación constitucional que detentan los tribunales. Para esta práctica y corriente novedosa, el hecho de que la judicatura tenga los rasgos problemáticos expuestos, conlleva a que los jueces asuman un rol protagónico en el fortalecimiento, antes que en la inhibición, de la deliberación democrática entre las instituciones y la ciudadanía, en pos de dotar las resoluciones que adoptan, por un lado, de mayor legitimidad y, por el otro, de mayor imparcialidad. Ante estas dificultades de la jurisdicción constitucional y dentro del marco teórico descrito, la hipótesis que este trabajo aspira defender radica en que las objeciones estructurales que se le endilgan al Poder Judicial pueden evaluarse y superarse mediante prácticas y postulados propios del constitucionalismo dialógico.

A fin de llevar adelante el sustento de dicha hipótesis, el presente trabajo se organiza argumentativamente en las siguientes partes. En primer lugar, se aborda el giro deliberativo de la democracia, junto con los principales eslabones de esta concepción política (II). En segunda instancia, se exploran las conexiones, contribuciones y límites de la teoría deliberativa de la democracia con respecto a la emergencia del constitucionalismo dialógico (III). En tercer término, se reconstruyen las condiciones de aparición del giro dialógico del constitucionalismo tanto en la praxis y el diseño institucional de la magistratura, cuanto en las teorizaciones académicas relativas a su conceptualización y elementos (IV). Finalmente, se culmina con algunas reflexiones conclusivas y provisionarias (V).

II.- Una nueva teoría de la democracia: la democracia deliberativa

Desde de los años 80's con la llegada del denominado *giro deliberativo de la democracia* aparecen nuevas nociones en torno a la imparcialidad y la legitimidad política. La teoría de la democracia deliberativa se nutre de los aportes de filósofos como Cohen, Elster,

² Si bien la expresión primigenia y más difundida para ilustrar las falencias del Poder Judicial es la que Bickel denomina *objeción o dificultad contramayoritaria* (Bickel, 1986), recientemente Waldron –con buen tino– ha criticado dichos términos. En su lugar, propone la expresión *objeción contrademocrática*, por dos razones: en primer lugar, la regla de la mayoría consiste en un método de toma de decisiones utilizado en casi todos los cuerpos colegiados, en tal sentido, los tribunales no son contra-mayoritarios, pues utilizan dicho procedimiento para adoptar las resoluciones; en segundo lugar, la práctica de remitir ciertos asuntos a los tribunales para la decisión final refleja una preferencia por la mayoría judicial frente a la mayoría legislativa, y una desconfianza hacia la toma de decisiones democrática, esto es, hacia los votantes o sus representantes, pero no es una desconfianza hacia la regla de la mayoría (Waldron, J. 2013).

Gutmann, Habermas, Nino, Rawls, Thompson, entre tantos otros. Desde un enfoque genérico, la democracia deliberativa puede definirse como aquel ideal regulativo según el cual la imparcialidad y legitimidad democrática de las normas, instituciones y decisiones políticas dependen de la existencia de un proceso intersubjetivo y público de justificación argumentativa, en el que intervienen los potencialmente afectados por las mismas³.

La democracia deliberativa es un *modelo normativo* que contribuye a establecer un estado de cosas hacia el cual debe tenderse en la medida de lo posible y sirve, precisamente, para diseñar o reformar andamiajes institucionales que posibiliten procesos imparciales y democráticos deliberativos de fundamentación (Martí, 2006). De esta forma, dicho modelo describe un *ideal regulativo* (Habermas, 2008: 297) al que se debe tender de la mejor manera posible. La función central del ideal democrático deliberativo es proveer criterios normativos de legitimidad e imparcialidad desde los cuales examinar las instituciones políticas vigentes, así como ofrecer otras distintas que suplan las falencias de las actuales (Habermas, 2008:297). En otras palabras, este sistema expresa un ideal de gobierno democrático, en el que el procedimiento de toma de decisiones posee una dinámica de justificación discursiva, cuyo funcionamiento estriba en un debate razonado, de carácter constante y abierto, en el cual se brindan razones en favor o en contra de una propuesta política, a los fines de convencer al mayor número posible de participantes de que ella constituye la opción correcta. Así pues, la *imparcialidad* y la *legitimidad política* de las decisiones debe ser entendida no como un todo o nada, sino como *algo gradual*, que aumenta a medida que el procedimiento se vuelve más democrático y más deliberativo (Martí, 2006).

Esta noción estándar de democracia deliberativa, puede desagregarse en tres eslabones (E), a saber: E1) la cuestión *procedimental*, refiere a *cómo* debe ser el proceso de discusión y decisión; E2) la cuestión *sustantiva*, concierne a *cuál* debe ser el contenido adecuado de las decisiones políticas; y E3) la cuestión de la *autoridad*, atañe a *quiénes* deben ser los agentes que deliberan y deciden (Martí, 2006).

En cuanto a los *postulados estructurales* (P) del procedimiento democrático deliberativo de discusión y toma de decisiones, estos pueden resumirse en los siguientes: P1) *argumentación*, en contraste con los modelos simplemente agregativos de preferencias ya dadas de antemano —como el voto—, la idea aquí es proponer un proceso comunicativo con el objetivo de instaurar un gobierno por medio de la discusión, que posibilite la formación y transformación

³ Sin perjuicio de ciertas diferencias, esta definición se halla en línea con las siguientes obras: Dryzek (2000); Elster (1998); Gutmann y Thompson (1998); Nino (1997); Parkinson (2012); Rawls (1995); Habermas (2008); entre otras.

de las preferencias de quienes participan del debate; P2) *apertura*, el procedimiento debe ser, por un lado, flexible tanto en su forma como en el contenido de las decisiones adoptadas y, por otro lado, debe ser abierto a fin de servir para reflexionar sobre la adecuación y los límites del propio proceso, para cuestionar la legitimidad que pretende, para impugnar alguno de los principios estructurales, etc.; P3) *colectividad*, se trata de un proceso de reflexión dialógica, antes que monológica, donde las diversas propuestas, los diversos argumentos y las diversas evaluaciones de cada uno de estos aspectos se cruzan intersubjetivamente; P4) *continuidad*, el proceso discursivo nunca debe detenerse, tampoco deja de examinar nuevas razones, intereses, informaciones y perspectivas en favor o en contra de los resultados, los cuales son provisionales y pueden revertirse o cuestionarse en cualquier momento; P5) *inclusión*, implica que todos los potencialmente afectados por una decisión política deben tener la posibilidad de participar en el proceso deliberativo que se encamina a adoptar la medida en cuestión; P6) *publicidad*, el procedimiento comunicativo, de un lado, requiere la transparencia de las opiniones y, del otro, exige la publicidad de las deliberaciones de los representantes, de forma tal que se asegure la responsabilidad de los decisores, la rendición de cuentas de los representantes y la libre formación de preferencias; P7) *igualdad de los participantes*, todos deben tener la igual capacidad de influencia política, esto es, la misma posibilidad de participar en la deliberación y la decisión, cuyo presupuesto está dado por el reconocimiento y respeto mutuo de las capacidades discursivas; y, por último, P8) *libertad de los interesados*, implica la libertad de los potencialmente afectados de intervenir en el debate, de proponer los argumentos que quieran, de aceptar los que ofrecen otros, y de participar en la decisión (Martí, 2006: 90-97).

Asimismo, el procedimiento democrático deliberativo de discusión y toma de decisiones adopta una *concepción igualitaria e inclusiva de la imparcialidad*, según la cual se asume que las decisiones imparciales son aquellas que se vertebran en la consulta y discusión entre todos los interesados en pos de que tengan la posibilidad de enunciar y defender sus preferencias frente a los demás. De este modo, se evita la distorsión de las decisiones por los intereses exclusivos de los decisores y se evita que resulten indebidamente sesgadas en beneficio de alguna persona o grupo. Esta visión se distancia, por lo menos, de las siguientes concepciones de la imparcialidad (C): C1) *elitista* (Burke), entiende que es innecesario consultar a todos los potencialmente afectados para garantizar que la decisión en juego goce de imparcialidad, pues los individuos no conocen sus verdaderos intereses, por lo tanto la reflexión de algunas personas especialmente virtuosas o ilustradas basta para garantizar las buenas decisiones (Burke, 1984); C1) *conservadora* (Madison, aunque a veces con rasgos elitistas), vincula la idea de imparcialidad con la reflexión aislada de algún individuo o la reflexión de algún reducido

número de individuos especialmente situados, pero no entre todos los potencialmente afectados, puesto que sería inconveniente en la medida en que termina desvirtuando la racionalidad de la decisión (Hamilton et al, 2010); y C3) *populista* (Rousseau), considera que las decisiones imparciales o correctas se definen, directamente, a partir de la expresión de las mayorías, que constituye una condición necesaria y suficiente para el logro de la imparcialidad (Gargarella, 2012).

Por otro lado, la teoría bajo análisis adopta una *concepción mixta de la legitimidad*, que combina criterios procedimentales –los detallados más arriba– con criterios sustantivos – libertades básicas, necesidades básicas e igualdad de oportunidades–. De esta forma, una medida política para ser legítima tiene que ser el resultado de un procedimiento deliberativo, pero además respetuosa de ciertos principios sustanciales. Esta alternativa surge como reacción frente a las siguientes concepciones extremas de la legitimidad (C): C1) *puramente procedimentalista*, en tanto relega el contenido de las decisiones y, en contraste, atiende únicamente al procedimiento para adoptarlas, de allí que el centro de preferencia esté situado en un principio decisionista mayoritario, esto es el sufragio, entendido como la única alternativa que respeta la igual libertad política; si bien esta concepción es profundamente democrática, resulta deficitaria en términos deliberativos, a la vez que minimiza el contenido de las decisiones; y C2) *puramente sustancialista*, que sitúa el foco de atención exclusivamente en qué se decide pero resta relevancia a cómo se decide, de allí que propicie la sustracción de ciertos contenidos de las discusiones y decisiones por parte de la sociedad, y en cambio, prefiere reservarlos exclusivamente a los tribunales, el parlamento, el líder político, o sectores sociales minoritarios; esta concepción aunque hace hincapié en el contenido de las decisiones, torna irrelevante la cuestión de la autoridad y la cuestión del procedimiento en tanto resulta deficitaria en términos deliberativos, a la vez que resulta adversa a principios como el democrático de toma de decisiones por mayorías, la autonomía y la igual libertad política⁴.

Finalmente, para el sistema democrático deliberativo, la fuente de legitimación e imparcialidad de las medidas políticas no se busca unilateralmente, ni se localiza en un solo lugar, autoridad o institución, sino en procedimientos abiertos de justificación pública (Habermas, 2008). Al respecto, la teoría deliberativa de la democracia proporciona un procedimiento comunitario de toma de decisiones en el que se asegura la igual libertad política de todos los ciudadanos, que a su vez tienen la oportunidad de ser oídos y de influir en la conformación de la voluntad política que luego ha de ejecutar la autoridad política. A partir de

⁴ Para profundizar sobre estas concepciones de la legitimidad política, puede verse: Martí (2006: 133-175).

este procedimiento, el derecho resultante puede exigir legítimamente la obligación de obediencia a los ciudadanos autónomos. En tal sentido, es que este modelo comienza a desafiar a las instituciones políticas a fin de que reconsideren sus ingenierías y métodos de toma de decisiones. Bajo esta lógica, dicha perspectiva teórica se opone, al menos, a los siguientes modelos alternativos de democracia (M): M1) *populista* (Laclau), que en cuanto forma de la política, centraliza la toma de todas las decisiones públicas en manos de un líder político fuerte que es ungido por una masa popular para articular las demandas sociales insatisfechas; M2) *comunitarista* (Macintyre), que define la dinámica de la democracia sobre la base de una interpretación comprensiva de la idea de bien común; M3) *agonista* (Mouffe), que reconoce una dimensión agonista inherente dentro de las relaciones humanas, en las cuales no es posible el consenso, pues impera la lucha o combate por el poder político entre los adversarios; M4) *agregacionista pluralista* (Dahl), según la cual la democracia constituye una competencia libre entre grupos de interés que, en condiciones de igualdad, pugnan por influir en la toma de decisiones políticas y, finalmente, se ven obligados a negociar para alcanzar un compromiso básico en dicha toma de decisiones; y M5) *agregacionista elitista* (Schumpeter), la cual sostiene que al interior de cada sociedad existe un grupo minoritario de ciudadanos que se halla en mejores condiciones, en términos de capacidad y preparación, que la gran mayoría para entender y decidir las cuestiones públicas (Martí, 2006: 11-17, 65-76; Nino, 1997: 166-124).

III.- Democracia deliberativa y constitucionalismo dialógico

Con la publicación de *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (1996), Habermas anunció que lo que había comenzado en la filosofía del lenguaje, particularmente con el *giro lingüístico*, se consumó en la teoría discursiva del derecho. Pero incluso antes de que dicha obra saliera a la luz, los académicos del derecho habían tomado nota del giro deliberativo de la democracia o, tal vez, habían dado su propio giro deliberativo, especialmente, en el área de la teoría constitucional. De esta forma, en línea con los desarrollos teóricos en derredor de la democracia deliberativa y también a finales del Siglo XX, surge un *giro dialógico del constitucionalismo*.

Al respecto, cabe puntualizar que las características más relevantes de la teoría deliberativa de la democracia, vale decir, la discusión, la inclusión social, la imparcialidad y la legitimidad, desempeñan un papel crucial en la expansión del constitucionalismo dialógico (Gargarella, 2016: 123)⁵. De hecho, las prácticas dialógicas apelan constantemente a la

⁵ A este respecto, si bien en este trabajo se mencionan cuatro de las características más relevantes del constitucionalismo dialógico, por su parte, Gargarella solo alude expresamente a dos: la inclusión social o la deliberación (Gargarella, 2014: 123)

democracia deliberativa (ídem). Otro tanto sucede con las conceptualizaciones teóricas sobre el constitucionalismo dialógico, en la medida que algunos autores como Gargarella o Alexy derivan sus definiciones, respectivamente, de la teoría deliberativa de la democracia (Gargarella, 2014: 11), o de la teoría atinente al *principio del discurso* (Alexy, 2006). De allí que uno prefiera la noción de constitucionalismo dialógico y otro la noción de constitucionalismo discursivo (punto sobre el cual se volverá en el apartado siguiente).

Sin embargo y tal como se señaló, aunque la democracia deliberativa y el constitucionalismo dialógico no estén aislados ni transcurran por andariveles separados, es cierto que existe una distinción entre ambos enfoques teóricos. La diferencia no estriba en una mera cuestión de etiqueta, tampoco en la quimera de creer que unas decisiones –las propias de los órganos democráticos– son políticas o ideológicas, mientras que otras –las propias de los tribunales– son jurídicas y técnicas. En cambio, la distinción radica, fundamentalmente, en el objeto en el cual centran su atención. En efecto, el paradigma democrático deliberativo ha transitado tres etapas: normativa, empírica, e integradora (Chambers, 2003; Steiner, 2012). En la primera, que fue eminentemente filosófica, los defensores del modelo se avocaron a delinear sus principios conceptuales y bases normativas. En la segunda, el foco de atracción se situó en las implicancias institucionales de poner en práctica una posición deliberativa dentro de una democracia real (v. gr. sondeos deliberativos, jurados constitucionales, referéndum deliberativo, jornada deliberativa, control judicial de constitucionalidad, etc.). La tercera y vigente, se caracteriza por integrar presupuestos y conocimientos empíricos y normativos.

Ahora bien, no obstante la extraordinaria expansión del modelo deliberativo de la democracia, incluso sobre el tópico del control judicial de constitucionalidad –cabe tener presente los desarrollos de Habermas, Rawls, Zurn, entre otros–, ella nunca llegó tan lejos en la exploración de los asuntos que atañen más íntimamente a la jurisdicción constitucional. Particularmente, sobre aquellos relativos a la *objeción contrademocrática* del Poder Judicial; el problema de *la última palabra* en materia de interpretación constitucional; la cuestión de la justificación del control judicial de constitucionalidad; las dificultades en materia de exigibilidad judicial de los derechos económicos, sociales y culturales; los métodos decisorios judiciales, por lo general con una lógica de distancia ante la sociedad; las prácticas de litigio, usualmente en clave civilista e individualista; los arreglos institucionales de la magistratura, más bien enderezados a aislar a sus miembros frente a las restantes ramas de gobierno; etc. En definitiva, la fenomenal cantidad de disquisiciones sobre la democracia deliberativa no se condice sincrónicamente con la atención prestada a la gama completa de dimensiones jurisdiccionales de la democracia.

El cuadro que antecede deriva del hecho de que los demócratas deliberativos no siempre han reconocido la perfusión más amplia del constitucionalismo a través de la política democrática (Levy y Orr, 2013: 11-16). La mayoría de las contribuciones de la teoría deliberativa aluden solamente a una comprensión general de los roles del derecho y la judicatura. Incluso Habermas, uno de los fundadores de la teoría deliberativa y quizás el teórico político más potente e influyente sobre los roles deliberativos del derecho, analiza al derecho desde un nivel de generalidad que pasa por alto los arreglos y prácticas constitucionales de la judicatura. Tal es así, que el filósofo y sociólogo alemán trata el derecho desde el más alto nivel de abstracción. Pero omisiones como la suya son comunes en las investigaciones de varios filósofos políticos⁶. En este contexto, las cuestiones de praxis y diseño institucional han sido abordadas de manera más acabada y extendida por parte de los teóricos del constitucionalismo (Chambers, 2003: 3), como lo son, por caso, Ackerman, Dixon, Gargarella, Michelman, Niembro Ortega y Sunstein.

Por lo tanto, si bien el giro deliberativo de la democracia y el dialógico del constitucionalismo, se hallan profundamente entrelazados, dicha vinculación acontece en un nivel de generalidad y abstracción teórica, pero la conexión no es igual de intensa en el campo empírico. Más bien, lo que se vislumbra es que ambos ideales rara vez se entrecruzan en el examen de las prácticas e ingenierías institucionales del Poder Judicial. Sin embargo, dado este particular contexto, es que deviene relevante y necesario suplir los espacios vacíos y tender puentes entre estos dos ideales, ello a fin de abordar las contribuciones recíprocas entre una concepción deliberativa de la democracia y una concepción dialógica del constitucionalismo, sobre todo en lo tocante a la justicia constitucional.

De este modo, es que podrían alinearse sincrónicamente en clave deliberativa, dialógica o discursiva ambos ideales: la democracia y el constitucionalismo. Otra lectura acerca del dilema entre estos ideales consiste en oponer soberanía popular y derechos fundamentales o, como Habermas, entre esfera pública y esfera privada (Habermas, 2008). Pero más allá de las diversas alternativas, en lo atinente a la disyunción entre los principios de democracia y constitución, se han planteado innumerables tipos de conexiones. Por un lado, algunos sostienen que existe una tensión irresoluble, razón por la cual escogen alguno de los dos ideales y le otorgan primacía a uno u otro, sea la democracia (Dryzek, 2000) o sea el constitucionalismo (Dworkin, 1995). Por su lado, están quienes pese a admitir que existe una relación dialéctica,

⁶ En igual sentido, Gargarella enfatiza que las teorizaciones de deliberativistas, como Thomson o Nino, han adelantado algunas especulaciones interesantes acerca de cómo unir la democracia deliberativa y la revisión judicial, pero sus propuestas no han llegado muy lejos (Gargarella, 2014: 13).

afirman que entre ambas ideas normativas media una relación armónica o de cooriginalidad, pues se requieren mutuamente, son interdependientes y están implicadas recíprocamente (Habermas, 2008).

Finalmente, en lo concerniente a la incidencia de esta discusión en el presente trabajo, vale poner de relieve un posicionamiento distinto, el cual, sin desconocer que la tensión existe, considera que si se suscribe una postura dialógica del constitucionalismo y si, de la mano, se suscribe una postura deliberativa de la democracia, es posible moderar y armonizar la tensión entre ambos ideales (Gargarella, 2009, 2016). Incluso, se puede llegar más lejos, si tal confluencia se materializa en el desarrollo de prácticas estatales y de arreglos institucionales inspirados en los postulados comunes de dichas nociones.

IV.- Las condiciones de aparición del constitucionalismo dialógico

A partir de la adopción de la *cláusula de salvedad* en la Carta Canadiense de Derechos y Libertades de 1982⁷ se materializa una concepción distinta del constitucionalismo en general (Tushnet, 2009), a la par que aparecen diversas reformas normativas, prácticas de litigio y arreglos institucionales en la jurisdicción constitucional. Estas experiencias tienen como objetivo, por un lado, fomentar la acción comunicativa entre el Estado y la sociedad, y, por el otro, sortear las falencias estructurales que se le endilgan a la judicatura, principalmente, las vinculadas a la *objeción o dificultad contrademocrática* y al problema de la *última palabra* en la interpretación constitucional que detentan los tribunales. Desde este punto de partida, los desarrollos teóricos sobre la democracia deliberativa y el constitucionalismo dialógico comienzan a confluir con experiencias institucionales en clave dialógica del Poder Judicial. De esta manera, ambos factores, empíricos y normativos, empiezan a retroalimentarse recíprocamente y contribuyen a delinear los postulados del constitucionalismo dialógico, como así también a desafiar a los tribunales a fin de que reconsideren los métodos decisorios y sus ingenierías institucionales.

Dentro de este marco, es preciso distinguir los fenómenos constitucionales de la teoría para dar cuenta de ellos⁸. En sentido similar, se ha planteado la necesidad de contar antes que con teorías de *vanguardia*, con teorías de *retaguardia*, vale decir, con trabajos teóricos que vayan acompañando los procesos transformadores más que iluminándolos (De Sousa Santos,

⁷ La cláusula 33 de la Carta Canadiense, también conocida como *notwithstanding clause*, si bien admite que la Corte Suprema puede declarar la inconstitucionalidad de una norma, la última palabra queda en manos del Poder Legislativo que puede revertir esa decisión manteniendo temporalmente la constitucionalidad de la ley. Otros sistemas sin última palabra en manos de la judicatura son aquellos del *Commonwealth*, como Australia, Reino Unido y Nueva Zelanda.

⁸ Esto mismo hace Salazar Ugarte respecto del constitucionalismo latinoamericano (Salazar Ugarte, 2013).

2010: 34). No obstante la relevancia de tal aserto, también es cierto que no siempre puede trazarse una línea divisoria entre la teoría y la práctica, sino que en muchas ocasiones se ingresa en una espiral sin fin que difumina los límites y contornos de una y otra. A modo ilustrativo de estos apuntes, vale tener presente el caso de uno de los teóricos más relevantes del constitucionalismo dialógico, como es Gargarella, quien al momento de conceptualizar esta perspectiva enfatiza que su definición de dicho ideal “no describe sino que más bien trata de refinar y construir a partir de lo que encuentr(a) en la práctica real” (Gargarella, 2014: 9).

Pese a la dificultad explicitada, a continuación este trabajo intenta distinguir y abordar, en primer término, los aspectos empíricos que han tenido lugar en los diseños y prácticas constitucionales dialógicas y, en segundo término, aquellos aspectos normativos habidos al interior de la teoría constitucional dialógica, los cuales se han desarrollado para explicitar, explicar, cuestionar, comparar y conducir aquellos diseños y prácticas. No obstante esta metodología argumental y de análisis, cuando se haga referencia al constitucionalismo dialógico sin aclarar si se refiere a la teoría o la praxis, quizás porque tal distinción no sea factible, se estará nombrando a una como otra de manera indistinta.

En primer lugar, en cuanto a las reformas constitucionales, prácticas de litigio y experiencias institucionales en clave dialógica que emergen en los distintos sistemas de justicia constitucional con la meta central de morigerar el monopolio judicial de la interpretación constitucional y la objeción contrademocrática, el hito está marcado por la aludida *cláusula de salvedad*. A partir de allí comienzan a experimentarse gradualmente múltiples *reformas constitucionales*, como las realizadas en Canadá (1982), Reino Unido (1998), Nueva Zelanda (1990), Australia (2004) y Bolivia (2009). Al mismo tiempo, tribunales supranacionales, nacionales y extranjeros, como los de Sudáfrica, Colombia o Costa Rica, emprenden la asunción de rasgos dialógicos en las *prácticas de litigio* (Dor, 2001), dando lugar así a fallos emblemáticos⁹. De igual manera, aparecen ciertos *arreglos institucionales* ubicados en la misma sintonía, a guisa de ejemplo, baste mencionar a las audiencias públicas¹⁰, los amigos del

⁹ Entre los múltiples casos judiciales significativos, pueden mencionarse: “The Government of the Republic of South Africa and Others vs. Grootboom, Irene and others”, Tribunal Constitucional de Sudáfrica, 04-10-2000; “Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and Or. vs. City of Johannesburg and Others”, *id.*, 19-02-2008; “Verbitsky”, CSJN, 03-05-2005; “Mendoza Beatriz”, *id.*, 20-06-2006; “T-025”, Corte Constitucional Colombiana, 22-01-2004.

¹⁰ Las audiencias públicas encuentran regulación específica dentro del Poder Judicial en la Acordada N° 30 del año 2007 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Para un relevo de las audiencias públicas celebradas por dicho tribunal desde el año 2004 al 2015, véase: Benedetti y Sáez (2016). Las audiencias públicas en el Poder Judicial pueden ser solicitadas por las partes o convocadas por los jueces, pero ellas resultan obligatorias cuando se refieren a los siguientes asuntos o personas involucradas: A- El deber de consulta previa a los pueblos indígenas: esta práctica se halla prevista en el Convenio 169 de 1989 sobre pueblos indígenas y tribales, de la Organización Internacional del Trabajo (arts. 6, 15, 17, 22, 27 y 28), en sincronía, este deber también fue contemplado en la

tribunal¹¹, el control deliberativo de constitucionalidad¹², las acciones con legitimación colectiva¹³, las consultas legislativas de constitucionalidad¹⁴, la elección popular de los jueces¹⁵, el deber de consulta previa a los pueblos indígenas¹⁶ y a los trabajadores¹⁷, *el compromiso significativo*¹⁸, el control judicial sobre el proceso de creación legislativa¹⁹, los litigios de

Declaración de 2007 de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (arts. 15, 17, 19, 30, 32, 36 y 38). B- El deber de consulta permanente a los trabajadores: la Declaración Sociolaboral del Mercosur del año 1989 alude al compromiso de los Estados de fomentar el diálogo social, instituyendo mecanismos de consulta permanente entre representantes de los gobiernos, de los empleadores y de los trabajadores, a fin de garantizar, mediante el consenso social, condiciones favorables al crecimiento económico sostenible y con justicia social de la región y la mejora de las condiciones de vida de sus pueblos (art. 13). C- El deber de consulta previa sobre asuntos ambientales: a luz de la Ley de Política Ambiental Nacional N° 25.675 (arts. 19 y 20), toda persona tiene derecho a ser consultada y a opinar en procedimientos que se relacionen con la protección del ambiente y las autoridades deben institucionalizar procedimientos de consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de actividades que puedan generar efectos significativos sobre el ambiente. Aunque la opinión de los participantes no es vinculante para las autoridades, en caso de que estas presenten opinión contraria deberán fundamentarla y hacerla pública. D- El deber de consulta a consumidores y usuarios de bienes y servicios: la Constitución Nacional (art. 42) establece el derecho de aquellos agentes a participar en todo lo que atañe a la relación de consumo (v. gr. control, prevención, solución de conflictos, etc.).

¹¹ Según el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la expresión *amicus curiae* significa “persona o institución ajena al litigio y al proceso que presenta a la Corte razonamientos en torno a los hechos contenidos en el sometimiento del caso o formula consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso, a través de un documento o de un alegato en la audiencia”. Por su parte, la Acordada que regula la participación de los amigos del tribunal en las causas radicadas ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación es la N° 7/2007.

¹² El ejemplo pionero es la Carta Canadiense de Derechos y Libertades. A su vez, distintos autores proponen diseños democráticos deliberativos de control de constitucionalidad, bien con supremacía judicial, bien con supremacía legislativa, o bien con un jurado ciudadano.

¹³ A través de la Acordada 12/2016, la Corte Suprema de Justicia de la Nación aprobó el “Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos”, que fija las reglas que ordenan el trámite de este tipo de procesos en los tribunales nacionales y federales de todo el país, a fin de asegurar la eficiencia práctica del Registro Público de Procesos Colectivos, creado en 2014 por el Máximo Tribunal, mediante la Acordada 32/2014. En Colombia, se destaca la acción de tutela, que permite a cualquier persona ocurrir ante la Corte en procura de justicia, sin formalidades, sin gastos, sin patrocinante y sin tener que acreditar interés procesal. Ella fue acompañada por la acción popular y la acción de incumplimiento.

¹⁴ De acuerdo a la Constitución de Costa Rica (art. 10 inc. b), la Asamblea Legislativa realiza consultas de constitucionalidad a la Corte Suprema, sobre proyectos de reforma constitucional, de aprobación de convenios o tratados internacionales y de otros proyectos de ley.

¹⁵ La Constitución que más avanzó en este sentido fue la de Bolivia, que contempló la elección por parte del pueblo de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia (art. 182), el Tribunal Agroambiental (art. 188), el Consejo de la Magistratura (art. 194) y el Tribunal Constitucional (art. 198).

¹⁶ Esta práctica se halla prevista en el Convenio 169 de 1989 sobre pueblos indígenas y tribales, de la Organización Internacional del Trabajo (arts. 6, 15, 17, 22, 27 y 28). En sincronía, este deber también fue contemplado en la Declaración de 2007 de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (arts. 15, 17, 19, 30, 32, 36 y 38).

¹⁷ Ver nota 31, punto B.

¹⁸ La Corte Constitucional Sudafricana en el caso “Olivia Road” (citado en nota 12), dio lugar a una figura dialógica que, lejos de consistir en la imposición de la “última palabra” por parte del Tribunal, se trató de un exhorto a las partes a fin de que se comprometieran significativamente (“meaningful engagement”) a resolver sus controversias. Sin embargo, tal práctica fue socavada por la misma Corte en un caso posterior donde invitó a las partes a “comprometerse significativamente” acerca del modo en que iba a llevarse a cabo el desalojo, pero sin repensarlo ni atender a los cuestionamientos (“Residents of Joe Slovo Community, Western Cape vs. Thubelisha Homes and Others”, 10-06-2009).

¹⁹ Existen múltiples causas en las cuales los jueces constitucionales han intervenido en pos de invalidar leyes que no ostentan el grado necesario de participación y discusión (“Doctors for Life International vs. The Speaker of the National Assembly and Others”, Tribunal Constitucional de Sudáfrica, 17-08-2006).

reforma estructural²⁰, las sentencias exhortativas²¹, los monitoreos judiciales o mecanismos judiciales de seguimiento periódico o permanente²², entre tantos otros.

En segundo lugar, en cuanto a las teorizaciones habidas a propósito del constitucionalismo dialógico, corresponde puntualizar que ambos ideales, constitucionalismo y diálogo –o *discurso*– son diferenciables pedagógica y normativamente, aunque pueden vincularse. Por ello, en lo que sigue y previo a definir al constitucionalismo dialógico, corresponde dilucidar lo que se entiende por constitucionalismo y lo que se comprende por diálogo –o *discurso*–.

Por un lado, el ideal de constitucionalismo alude, por lo menos, a dos ideas: la limitación del poder y la garantía de los derechos fundamentales (Dworkin, 1995; Gargarella, 2010; Dippel, 2008; Waluchow, 2018)²³. Sin embargo, al respecto de estos dos objetivos, no hay acuerdo entre los académicos, puesto que no existe una única forma de limitar los poderes ni tampoco una sola manera de garantizar los derechos. Esto se debe a que tampoco existe un solo tipo de constitución. Como correlato, los arreglos institucionales que se reflejan en la constitución son los que determinan el tipo de constitucionalismo que se adopta. De la misma forma que fue graficado al delinear los rasgos de la democracia deliberativa (*supra* II), también se dispone de diversas concepciones del constitucionalismo (C):

C1) *puramente procedimental*, según la cual los tribunales se desentienden del contenido sustantivo de las decisiones y, en cambio, se enfocan exclusivamente en el procedimiento para adoptarlas, de manera tal que anulan o convalidan las normas ordinarias únicamente en función de la presencia o ausencia de defectos en el proceso;

C2) *puramente sustancialista*, en tanto la magistratura no debe evaluar cómo se decide, esto es, si las normas han sido precedidas o no de acuerdos democráticos robustos, sino que, en

²⁰ Para un análisis pormenorizado de este tipo de litigios y, en especial, para un examen del caso más paradigmático en este sentido, vale decir, el caso “T-025” de la Corte Constitucional Colombiana (22-01-2004), ver: Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2015).

²¹ Entre los múltiples casos judiciales significativos, pueden mencionarse: “Ramallo B.”, Cam. Cont. Adm. y Trib., Sala II, CABA, 12-3-2002; id., “Comisión Municipal de la Vivienda c. Saavedra F.A. y ot.”, 09-04-2002; “Mignone”, CSJN, 09-4-2002; “Badaro”, CSJN, 8-8-2006; “García Méndez”, CSJN, 02/12/2008; “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia”, Juzgado de Primera Instancia y Cám. de Apel. Cont. Adm. y Trib., Sala I, CABA, 19-03-2008; entre tantos otros. Para un análisis de este tipo de sentencias exhortativas o las declaraciones judiciales de incompatibilidad, ver: Linares (2008).

²² Estos resortes han dado lugar a un proceso judicial de rasgos iterativo, deliberativo, gradual y prolongado en el que los tribunales emiten órdenes o solicitan rendición de cuentas a los sujetos procesales y a las autoridades públicas o privadas, con el correlativo deber de responder mediante informes de progreso, los cuales luego son evaluados por los jueces mediante autos de seguimiento. En este sentido, también vale la remisión al caso T-025 (ver nota 23).

²³ Para un desarrollo más exhaustivo, ver: Niembro (2016). Allí se explica que con “constitucionalismo” es posible referirse a una ideología, a una teoría, a una narrativa, a cierto tipo de instituciones, como así también a algunos o a todos los sentidos anteriores.

cambio, tiene que situar el foco de atención exclusivamente en el análisis de qué se decide, esto es, el contenido sustantivo de un determinado estatuto, de manera tal que anula o convalida las normas ordinarias solamente en función del respeto o infracción de derechos constitucionales; y

C3) *mixta*, la que sostiene que los tribunales no pueden restar relevancia a los acuerdos democráticos profundos, con esto presente, tampoco deben dejar de proteger derechos mediante invalidaciones judiciales, pero además, a fin de evitar las objeciones relativas al monopolio judicial de la interpretación constitucional, considera que la judicatura no debe imponer *la última palabra*, sino que tiene que dialogar sobre los asuntos constitucionales, a la vez que promover dicho diálogo fuera del Poder Judicial mediante respuestas legislativas y participación social²⁴.

Por otro lado, una vez abordada la noción atinente al constitucionalismo, es momento de expedirse al respecto del ideal de diálogo. Las notas (N) que caracterizan el proceso dialógico pueden resumirse, por lo menos, en las siguientes: N1) *igualdad entre los participantes*, cuyas intervenciones deben detentar simétricos poderes de incidencia en la discusión, la cual no debería reflejar ni reproducir las inequidades que puedan existir entre los intervinientes; N2) *inclusión social*, consiste en dar la oportunidad a todos los interesados en participar de la deliberación y decisión de los asuntos que los atañen, teniendo particular sensibilidad frente a las voces de aquellas personas y grupos que tienen dificultades para incidir en los procesos discursivos y bajo el presupuesto de que el proceso gana en imparcialidad y legitimidad si todos los potencialmente afectados intervienen en esa conversación; N3) *deliberación argumentativa*, se trata de un procedimiento deliberativo de intercambio de razones, intereses, informaciones y perspectivas, que se desafían recíprocamente y que ceden ante *el mejor argumento*; N4) *continuidad del proceso*, lo que significa que los tribunales deben estimular la deliberación al igual que los otros poderes del Estado, asimismo, esto implica que no tienen la autoridad para ocluir tempranamente las discusiones ni para pronunciar *la última palabra*, sin perjuicio de las restricciones temporales, sociales y de contenido que inevitablemente se hacen presentes; N5) *publicidad del proceso*, lo que implica que la deliberación transcurra en condiciones de transparencia con la correlativa oportunidad de los interesados de conocer los argumentos, razones, intereses, informaciones y perspectivas que vierten los expositores; N6) *libertad de los participantes*, quienes pueden decidir si intervienen en la discusión y sobre el contenido de lo que pretenden discutir, pero con el único límite de que lo discutible tiene que versar solamente

²⁴ Al respecto del control de constitucionalidad procedimental, sustantivo y mixto, puede verse: Bar-Siman-Tov (2012).

sobre cuestiones de moral pública o intersubjetiva, sin entrometerse en los asuntos relacionados con la moral privada; N7) *orientación del discurso al consenso*, el ideal regulativo sugiere que lo óptimo es que el debate culmine con el triunfo del *mejor argumento*, que a su vez derive en un acuerdo razonado y unánime; N8) *promoción institucional del diálogo*, el sistema institucional debe tener reglas prefijadas que permitan y alienten la discusión, de lo contrario la promoción de la conversación queda librada a la discrecionalidad de quienes pueden desalentarla, simplemente autorizarla, instrumentalizarla estratégicamente para la consecución de sus fines, o utilizarla para legitimar decisiones que han sido tomadas de ante mano; y N9) *orientación del discurso a la sociedad*, los procesos dialógicos no deben estar diseñados para que transcurran únicamente entre élites y tribunales o para el beneficio exclusivo de aquellos que los organizan y coordinan, sino para todos los potencialmente afectados en condiciones de horizontalidad (Gargarella, 2016: 122-123).

Ahora bien, como se adelantó más arriba, en lo tocante a este segundo ideal que adjetiva el constitucionalismo, otros autores aluden a la corriente en examen con adjetivos distintos, puesto que prefieren caracterizarlo como *discursivo*, antes que como dialógico. Por lo tanto, es necesario explicitar que la noción de discurso remite a Habermas y alude a un principio según el cual “válidas son aquellas decisiones (y sólo aquellas) en las que todos los que pudieran verse afectados concurren a prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales” (Habermas, 2008: 172). Con *válido* Habermas designa lo legítimo, que es producto de la convicción común que se corrobora si entre oyente y hablante se produce un reconocimiento intersubjetivo de una pretensión de validez; por *discurso racional* entiende toda tentativa de examen y entendimiento –bajo condiciones de comunicación que dentro de un ámbito público posibiliten el libre procesamiento de temas, contribuciones, informaciones y razones– de pretensiones de validez que se han vuelto controvertidas; con *pretensiones de validez* concibe a los enunciados propuestos por los partícipes del debate; y con *afectado* alude a cualquiera a quien pueda concernir en sus intereses las consecuencias que alcance a dar lugar una determinada práctica regulada por normas.

Este es el caso de Alexy, quien precisamente prefiere el adjetivo *discursivo* para caracterizar al constitucionalismo (Alexy, 2006)²⁵. La opción por esta etiqueta resulta

²⁵ A este respecto, quisiera compartir que Alexy me concedió una cita en Génova durante algunos minutos, en el marco del Master in Global Rule of Law and Constitutional Democracy. Se trató de una instancia muy nutritiva en la cual pude hacerle algunas preguntas sobre sus desarrollos teóricos, entre ellos, sobre su noción de la *representación argumentativa de los jueces*. Puntualmente le conté que estaba interesado en profundizar sobre el *constitucionalismo dialógico*, sin embargo, entre otras cosas, respondió: “That means nothing to me”, “If you want to work with the discourse principle of Habermas, you have to use the expression *discursive constitutionalism*”.

igualmente plausible y, a priori, no suscita contradicciones o inconsistencias. De hecho y como se lo apuntó, *el principio del discurso* de Habermas se halla en sintonía con los principios estructurales del proceso dialógico recién expuestos o, más aún, podría decirse que aquel es la fuente más próxima de estos.

Ahora, más allá de los términos, un apretado examen de la postura de Alexy permite colegir que se trata de una concepción restringida del constitucionalismo, más próxima a la senda del neoconstitucionalismo. Para el filósofo alemán, el *constitucionalismo discursivo* es una teoría que deriva de la relación de cinco elementos (E) diferentes: E1) los derechos fundamentales; E2) el discurso; E3) la ponderación; E4) el control de constitucionalidad; y E5) la representación argumentativa de los jueces (Alexy, 2006)²⁶. El rasgo restrictivo emana de los últimos tres elementos, puesto que los primeros dos son compartidos por una concepción más amplia del constitucionalismo dialógico.

En efecto, la noción de *representación argumentativa* (E5), que según él llevan adelante los jueces al *encarnar los argumentos compartidos por el pueblo* y para lo cual es necesario que un *número de personas racionales* estén dispuestas y sean capaces de aceptar esos argumentos como correctos y razonables, importa la ausencia de un vínculo volitivo-decisional entre jueces y representados, de modo que la convalidación de las resoluciones surge mediante una aceptación *ex post facto*. Por otro lado no existe control social –sea mediante el voto, rendición de cuentas, la revocatoria de mandatos o cualquier otra vía–, potestad inseparable del concepto de representación. A su vez, la noción de *ponderación* (E3), en tanto tarea que llevan adelante los tribunales en forma exclusiva, implica situar en cabeza de los jueces la supuesta *corrección moral* de las razones y sustraer los asuntos constitucionales de la interpretación y decisión por parte de otras ramas de gobierno y de la sociedad. Con la noción de *control de constitucionalidad* (E4), sitúa a los jueces como agentes principales dentro de un Estado para decidir sobre los derechos, minimiza el problema del *desacuerdo* (Waldron, 2005), y no justifica por qué aquellos son los únicos que deben ejercer el control de constitucionalidad ni por qué ellos deben detentar *la última palabra* en la interpretación constitucional. En definitiva, estos tres aspectos van en contra de la teoría del discurso que dice sostener, como así también de una noción más robusta, inclusiva e igualitaria del constitucionalismo dialógico.

Luego de transitado el camino que antecede, están dadas las condiciones para ofrecer una noción más amplia en torno al constitucionalismo dialógico o discursivo. Más allá de las

²⁶ De modo similar, Klatt define el constitucionalismo discursivo así: “a theory that integrates the four elements of constitutional rights, proportionality analysis, constitutional review, and justification qua discourse” (Klatt, 2018).

concepciones alternativas habidas al interior de este paradigma, de manera genérica, se refiere a aquel ideal según el cual los asuntos constitucionales o de moral pública deben ser decididos a través de un proceso de carácter público, inclusivo, argumentativo y continuo de interpretación, deliberación y decisión que involucra tanto a las diferentes ramas de gobierno, entre ellas a los tribunales, como así también a la sociedad²⁷. La teoría dialógica del constitucionalismo comienza a desafiar a las instituciones políticas a fin de que reconsideren sus ingenierías institucionales y métodos de toma de decisiones, bajo una tónica discursiva e inclusiva que morigere o relativice *la objeción contrademocrática* y el problema de *la última voz* de los tribunales mediante la construcción mancomunada de políticas públicas y significados constitucionales.

En concreto, el constitucionalismo dialógico se distingue, al menos, de los siguientes modelos rivales (M): M1) *constitucionalismo liberal* (Hamilton, Madison y Jay), que defiende la existencia de una constitución cuyo fin es garantizar las libertades fundamentales de la sociedad, para lo cual establece un poder delegado –mediante un sistema representativo– y limitado –mediante un sistema de *cheks and balances*–, junto con un Poder Judicial aislado de la sociedad, que interpreta la constitución en última instancia (Hamilton et al, 2010); M2) *constitucionalismo popular* (Kramer), que intenta recuperar el papel central del *pueblo* en la discusión y decisión mayoritaria de los asuntos constitucionales, flexibilizando la constitución y desafiando la supremacía judicial (Kramer, 2011); M3) *constitucionalismo minimalista* (Sunstein), que dada la falta de credenciales democráticas de los jueces, propicia que asuman un rol inerte en el ejercicio de la función jurisdiccional en pos de abstenerse de interferir en los asuntos que deben ser definidos por las autoridades democráticas (Sunstein, 1999); M4) *constitucionalismo democrático* (Post y Siegel), cuya lectura expresa que la determinación de los significados constitucionales deben delinearse a través de los reclamos sociales –*sensibilidad democrática*–, los que a su vez deben mediar con los valores defendidos por el Poder Judicial –*legitimidad jurídica*– (Post y Siegel, 2013); M5) *neoconstitucionalismo* (Dworkin), que adopta un control de constitucionalidad fuerte en cabeza exclusiva de los jueces, quienes monológicamente despliegan técnicas interpretativas específicas para concretar principios, valores y derechos fundamentales, los cuales se hallan sustraídos de las mayorías y atrincherados en constituciones rígidas y supraordenadas a la legislación ordinaria (Dworkin, 1985); M6) *constitucionalismo garantista* (Ferrajoli), que comparte el paradigma anterior, salvo en lo concerniente al método, pues para su abordaje considera útil al positivismo

²⁷ Sin perjuicio de ciertas diferencias, esta definición se halla en línea con las siguientes obras: Young (2012); Bakker (2007); Gargarella (2016); entre otros.

jurídico (Ferrajoli, 2011); y M7) *Ius Constitutionale Commune* (Bogdandy), que toma la Convención Americana de Derechos Humanos como norma suprema, plenamente normativa, rígida y con derechos universales, a la vez que concede a los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos un control de convencionalidad fuerte, que implica la potestad de interpretación última de la misma, con autoridad por sobre los Estados y con vinculatoriedad de su jurisprudencia, y aunque sostiene una idea relevante de diálogo constitucional, este es meramente *judicial* y de tónica vertical (Bogdandy et al, 2014)²⁸.

En contraste, la tesis dialógica si bien admite como positivo el papel de los órganos jurisdicciones en la tarea de proteger los derechos humanos, de resguardar la institucionalidad democrática y de promover la deliberación democrática²⁹, a la vez, contribuye a dar un paso más en la tarea de explicitar, evaluar y revertir las objeciones estructurales al Poder Judicial (O): O1) el déficit de imparcialidad, de legitimidad y de consistencia de las decisiones judiciales, en tanto no existe una efectiva *paridad participativa* de todas las autoridades públicas y ciudadanos interesados en la discusión y en la adopción de las resoluciones (Ely, 1981; Frasser, 1997; Tremblay, 2005); O2) la pretensión de la propia jurisprudencia de ser vinculante como instancia de *corrección moral*³⁰ o de *contrapeso* (Hamilton et al, 2010) frente a interpretaciones constitucionales alternativas, lo que da lugar a un sistema de división de poderes que dificulta el diálogo del Poder Judicial con las restantes ramas de gobierno y la sociedad (Vile, 1998); O3) la autoproclamación de los jueces como agentes principales de cambio y garantía de los derechos, sustrayendo ciertos contenidos de las discusiones y decisiones de las autoridades democráticas y de la propia sociedad, lo que dificulta la aproximación al ideal republicano de autogobierno deliberativo y colectivo (Tushnet, 1999); O4) el ejercicio de un control judicial de constitucionalidad fuerte, creado jurisprudencialmente que retiene el monopolio en la interpretación de los asuntos constitucionales, generando tensiones entre los ideales de democracia y de constitucionalismo (Kramer, 2011); O5) las problemáticas en la revisión de las políticas públicas y la exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que se derivan de las visiones extremas en torno a la judicialización o no de tales derechos (Young, 2012); O6) un control de constitucionalidad puramente sustancial que solo se ejerce sobre el contenido de las normas, desatendiendo la

²⁸ En torno a tales concepciones, puede verse: Alterio (2014).

²⁹ Nino, por caso, sostiene que la justificación del control judicial de constitucionalidad, que implica la potestad de invalidar normas de los órganos democráticos, es “azas misteriosa” (Nino, 1991 b: 97). Así pues, expresa que la teoría epistémica de la democracia pone en cuestión dicha potestad, pero admite tres excepciones: 1) el control del procedimiento democrático de toma de decisiones; 2) la protección de la autonomía moral de las personas; y 3) la tutela de la Constitución como una práctica social e histórica (Nino, 1997: 273-282).

³⁰ Dichos términos pertenecen a Alexy (1994).

génesis del procedimiento de discusión argumentativa y minimizando el hecho de los *desacuerdos* en torno a los alcances, contenidos y contornos de los derechos (Bar-Siman-Tov, 2012); O7) el escaso valor epistémico del procedimiento decisorio judicial, en tanto la reflexión solipsista, la escasa deliberación y las dificultades para expresar los diversos intereses por parte de las personas involucradas, obstaculiza el conocimiento de todas las perspectivas y la adopción de la resolución de manera imparcial (Nino, 1997); O8) los arreglos institucionales y prácticas contrademocráticas, las cuales se materializan en los modos de selección de los jueces –sin intervención popular– y los cargos vitalicios (Gargarella, 2016); y O9) los problemas de eficacia en el servicio de justicia, en tanto la tarea jurisdiccional es ejercida en ausencia de contrapesos, de controles exógenos y de vigilancia con libre acceso por parte de la sociedad (Tushnet, 2016).

V.- Reflexiones conclusivas y provisionarias

En un marco de expansión del constitucionalismo dialógico o discursivo, este trabajo tuvo por meta examinarlo críticamente, tanto en sus factores empíricos atinentes a las prácticas y arreglos institucionales de la judicatura, cuanto en sus factores normativos atinentes a las teorizaciones habidas al interior de esta corriente novedosa. La tesis que se aspiró a defender consistió en sostener que las objeciones estructurales que se le endilgan al Poder Judicial pueden explicitarse, evaluarse y superarse mediante prácticas y postulados propios del constitucionalismo dialógico. A fin de llevar adelante dicha tarea, se transitaron los siguientes pasos argumentativos.

En primer lugar, se abordó el giro deliberativo de la democracia, junto con los principales eslabones de dicha concepción política. Puntualmente, su origen temporal; una definición estándar de democracia deliberativa; los principales defensores de la misma; los postulados estructurales del proceso democrático deliberativo; la noción de imparcialidad propia de esta teoría, junto con sus rivales; la concepción de la legitimidad que adopta este paradigma, de la mano de sus alternativas; y, por último, el modelo de democracia deliberativa y sus oponentes.

En segunda instancia, se exploraron las conexiones entre la democracia deliberativa y la emergencia del constitucionalismo dialógico; los aportes de la democracia deliberativa al cuerpo, desarrollo y expansión del constitucionalismo dialógico; los límites y contribuciones de la democracia deliberativa para explorar los asuntos que atañen más íntimamente a la jurisdicción constitucional; el desafío de la perspectiva dialógica del constitucionalismo para llenar los vacíos de la teoría democrática deliberativa; y, finalmente, las posibilidades de conciliar los ideales de democracia y constitucionalismo.

En tercer término, se reconstruyeron las condiciones de aparición del giro dialógico del constitucionalismo, tanto en la faz teórico académica cuanto en la faz empírica e institucional de la judicatura; la distinción entre los fenómenos constitucionales y la teoría para dar cuenta de ellos; las reformas constitucionales, prácticas de litigio y experiencias institucionales en clave dialógica que emergen con la meta de morigerar *el monopolio judicial de la interpretación constitucional y la objeción contrademocrática*; las distintas concepciones habidas en torno al constitucionalismo; los principios estructurales del proceso dialógico; el principio del discurso; una definición estándar de constitucionalismo dialógico, a la cual se contrastó con la más restringida de Alexy; y, por último, las objeciones estructurales que se le endilgan al Poder Judicial.

Al cabo de la exploración desarrollada a lo largo de este trabajo, en gran medida de carácter programático antes que totalizador, cabe concluir que en los desarrollos académicos y en las prácticas sociales e institucionales de la judicatura se avizora que aún queda pendiente el abordaje acabado y sistemático de varios aspectos relacionados con el constitucionalismo dialógico, algunos tan solo fueron insinuados en este trabajo y otros son externos o prolongaciones del mismo, tales como los vinculados a la justificación del constitucionalismo dialógico o sus implicancias políticas e institucionales, entre tantos otros. Queda, entonces, sembrado el desafío.

Referencias

- Alexy, R. (2006), "Ponderación, control de constitucionalidad y representación", en Ibáñez. P y Alexy R. (eds.), *Jueces y representación*, México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- (1994), *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona: Gedisa.
- Alterio, A. M. (2014), "Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate", en *Problema anuario de filosofía y teoría del derecho*, 8, 227-306.
- Bakker, B. (2007), "Blogs as Constitutional Dialogue: Rekindling the Dialogic Promise", en *New York University Annual Survey of American Law*, 63.
- Bar-Siman-Tov, I. (2012), "Semiprocedural Judicial Review", en *Legisprudence*, 6, 3.
- Benedetti, M. A. y Sáenz, M. J. (2016), *Las audiencias públicas de la Corte Suprema: apertura y límites de la participación ciudadana en la justicia*, Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Bickel, A. M. (1986), *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven: Yale University Press.
- Bogdandy Von, A.; Fierro, H. F., y Antoniazzi, M. M. (Eds.) (2014), *Ius constitutionale commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Burke, E. (1984), *Textos políticos*, México: Fondo de Cultura Económica.
- Chambers, S. (2003), "Deliberative Democratic Theory", en *Annual Review of Political*, 1, 6, 307-326.
- De Sousa Santos, B. (2010), *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del sur*, La Paz: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad.
- Dippel, H. (2008), "El surgimiento del constitucionalismo moderno y las constituciones latinoamericanas tempranas", en *Pensamiento Jurídico*, 23.
- Dor, Gal. (2001), "Constitutional Dialogues in Action: Canadian and Israeli Experiences in Comparative Perspectives", en *Indiana International and Comparative Law Review*, 11, 1.
- Dryzek, J. (2000), *Deliberative Democracy and Beyond: Liberals, Critics, Contestations*, UK: Oxford University Press.
- Dworkin, R. (1995), "Constitutionalism and Democracy", en *European Journal of Philosophy*, 3, 1.
- Ely, J. H. (1981), *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge: Harvard University Press.

- Ferrajoli, L. (2011), *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, T1, *Teoría del derecho*; T2, *Teoría de la democracia*; y t. T3, *La sintaxis del derecho*, Madrid: Trotta.
- Frasser, N. (1997), *Iustitia interrupta: reflexiones críticas desde la posición "postsocialista"*, Bogotá: Siglo del Hombre.
- Gargarella, R. (2009), "Constitucionalismo versus democracia", en Gargarella, R. (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, T1, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- (2011), *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición.
- (2016), "Scope and Limits of Dialogic Constitutionalism", en Bustamante, T. y Gonçalves Fernández, B. (eds.), "Democratizing Constitutional Law", *Law and Philosophy Library*, 113, 119-146.
- (2014), "'We the People' Outside the Constitution: the Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances", en *Current Legal Problems*, 67, 1, 1-47.
- Gargarella, R. y Courtis, C. (2009), "El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes", en *CEPAL, Serie Políticas y Sociales*, 153.
- Gutmann, A. y Thompson, D. (1998), *Democracy and Disagreement*, Cambridge: Harvard University Press.
- Habermas, J. (2008), *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (4ta ed.), Madrid: Trotta.
- Hamilton, A.; Madison, J., y Jay, J. (2010), *El federalista* (2da ed.), México: Fondo de Cultura Económica.
- Klatt, M. (2018). "Proportionality and Justification", En Seminario del Dr. Mathias Klatt, Austria: Karl Franzens Universität Graz. Disp. en: <https://www.youtube.com/watch?v=6gNvu9g-BZM>.
- Kramer, L. (2011), *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, España: Marcial Pons.
- Levy, R. y Orr, G. (2013), "The Law of Deliberative Democracy: Seeding the Field", en *Election Law Journal*, 12, 4, 1-16.
- Linares, S. (2008), "El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas" en *Revista Mexicana de Sociología*, 70, 3.
- Martí, J.L. (2006), *La república deliberativa: una teoría de la democracia*, Madrid: Marcial Pons.
- Niembro, R. (2016), "Desenmascarando el constitucionalismo autoritario", en Gargarella, R. y Niembro, R. (eds.), *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Nino, C. (1997), *La constitución de la democracia deliberativa*, Buenos Aires: Gedisa.
- Parkinson, J. y Mansbridge, J. (2012), *Deliberative Systems: Deliberative Democracy at the Large Scale*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Post, R. y Siegel, R. (2013), *Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre constitución y pueblo*, Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Rawls, J. (1995), *Liberalismo político*, México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Rodríguez Garavito, C. y Rodríguez Franco, D. (2015), *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Salazar Ugarte, P. (2013), "El Nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)", en González Pérez, L. y Valadés, D. (coords.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Caprizo*, México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Steiner, J. (2012), *The Foundations of Deliberative Democracy: Empirical Research and Normative Implications*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Sunstein, C. R., (1999), *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Tremblay, L. B. (2005), "The Legitimacy of Judicial Review: the Limits of Dialogue between Courts and Legislatures" en *International Journal of Constitutional Law*, 3, 4.
- Tushnet, M. (2009), "Dialogic Judicial Review", en *Arkansas Law Review*, 61, 205-216.
- (2016), "New Institutional Mechanisms for Making Constitutional Law", en Bustamante, T. y otros (eds.), "Democratizing Constitutional Law", *Law and Philosophy Library*, 113, 167-183.
- (1999), *Taking the Constitution Away from de Courts*, New Jersey: Princeton University Press.
- Vile, M. J. (1998), *Constitutionalism and the Separation of Power*, USA: Liberty Found.
- Waldron, J. (2010), "Constitutionalism: A Skeptical View", en *Scholarship @ Georgetown Law*. Disp. en: <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.ar/&httpsredir=1&article=1002&context=hartlecture>, (22 de mayo de 2018).
- (2005), *Derecho y desacuerdos*, Madrid: Marcial Pons.
- (2003), "Five to Four: Why do Bare Majorities Rule on Courts", en *Yale Law Journal*, 123, 1692-1730.
- Waluchow, W. (2012), "Constitutionalism", en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disp. en: <https://plato.stanford.edu/entries/constitutionalism/> (22 de mayo de 2018).
- Young, K. (2012), *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford: Oxford University Press.