

¿POR QUÉ NOS IMPORTA EL DIÁLOGO?
"LA CLÁUSULA DEL 'NO-OBSTANTE'",
"COMPROMISO SIGNIFICATIVO"
Y AUDIENCIAS PÚBLICAS
UN ANÁLISIS EMPÁTICO PERO CRÍTICO*

*WHY DO WE CARE ABOUT DIALOGUE?
"NOTWITHSTANDING CLAUSE," "MEANINGFUL
ENGAGEMENT" AND PUBLIC HEARINGS:
A SYMPATHETIC BUT CRITICAL ANALYSIS*

Roberto Gargarella**

Resumen

Análisis crítico sobre de los alcances y límites de la práctica del constitucionalismo dialógico emergente, a partir de tres prácticas asociadas al mismo, como son: la "cláusula de salvedad" canadiense, los "compromisos significativos" de la Corte Constitución sudafricana y las audiencias públicas de Brasil y Argentina, y sobre la expectativa que sobre ellas se tiene como medios útiles para la ejecución de los derechos sociales

* Traducción por Ismael Martínez Torres, del artículo presentado en el XLV Seminario Permanente Jesús G. Amuchastegui (SPA).

** Profesor de la Universidad de Buenos Aires y la Universidad Torcuato Di Tella, Director de la *Revista Argentina de Teoría Jurídica*.

en una democracia deliberativa, frente instituciones poco preparadas, cuya discrecionalidad ha puesto a estas prácticas bajo la voluntad de los operadores de justicia.

Palabras clave: Democracia deliberativa, cláusula del 'no-obstante', audiencias públicas.

Abstract

Critical analysis of the scope and limits of the emerging dialogical constitutionalism practice, based on three practices associated with it, such as the Canadian "clause of reservation", the "significant commitments" of the South African Constitution Court and public hearings Brazil and Argentina, and on the expectation that they have as useful means for the implementation of social rights in a deliberative democracy, against poorly prepared institutions, whose discretion has put these practices under the will of the judges.

Keywords: Deliberative Democracy, Non-derogation Clause, Public Hearings.

"El constitucionalismo dialógico" se originó en Canadá en 1982, con la creación de la "cláusula de salvedad".¹ Desde entonces, han sido establecidas muchas otras prácticas similares e incluso mejores.² Para muchos de nosotros, defensores de la democracia deliberativa y críticos de las formas tradicionales de revisión judicial, la aparición de estas prácticas representó una excelente noticia. Tales prácticas prometieron la promoción de un debate democrático más robusto a través de formas de intervención judicial mejores y con

¹ En este punto comparto el punto de vista de Mark Tushnet. En palabras suyas: "entiendo que la revisión judicial dialógica se inventó en la Carta de Derechos Canadiense en 1982". Véase Mark Tushnet, "Dialogic Judicial Review", *Arkansas Law Review*, vol. 61, 2009, p. 205.

² De acuerdo con Bradley Bakker, el diálogo constitucional incluye la idea de que diferentes ramas gubernamentales y la gente interactúan en formas que moldean los puntos de vista dominantes sobre la interpretación constitucional a lo largo del tiempo, véase Bradley M. Bakker, "Blogs as Constitutional Dialogue. Rekindling the Dialogic Promise?", *New York University Annual Survey of American Law*, vol. 63, 2008, p. 216. De manera similar, véase Gal Dor, "Constitutional Dialogues in Action. Canadian and Israeli Experiences in Comparative Perspective", *Indiana International & Comparative Law Review*, vol. 11, núm. 1, 2000, pp. 17-18; y, Katharine G. Young, *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 147.

mejor justificación.³ Paralelamente, en muchos de nosotros surgió la esperanza de que mecanismos dialógicos como estos se volvieran útiles en la ejecución de los derechos sociales, de una manera conversacionalmente apropiada. En la actualidad, después de casi cuatro décadas, estamos en condiciones de examinar la práctica del constitucionalismo dialógico. En lo que sigue, analizaré críticamente esta práctica e ilustraré este análisis a través del estudio de tres prácticas asociadas, a saber, la "cláusula de salvedad" en Canadá; los "compromisos significativos" promovidos por la Corte Constitucional sudafricana; y las audiencias públicas celebradas por las Cortes argentina y brasileña desde mediados del año 2000.

Mi objetivo en este trabajo es estudiar el alcance y los límites de esta práctica dialógica emergente. Mi impresión es que, a pesar de su notable importancia y potencial (aún creo que el diálogo constitucional puede favorecer en gran medida la causa de la democracia y la justicia social), hasta el día de hoy, el constitucionalismo dialógico no ha sido desarrollado en formas atractivas y depende todavía demasiado de la voluntad discrecional de los funcionarios públicos, en particular de los Jueces. Así, en lugar de celebrar estos avances incapaces de generar los resultados prometidos, aunque ciertamente sin desestimarlos por completo, en este trabajo me propongo llevar a cabo un escrutinio crítico, con la esperanza de obtener de ellos la mejor versión posible.

1. ¿Cómo se podría caracterizar un diálogo igualitario democrático?

Con el fin de analizar la práctica real, permítaseme antes establecer brevemente el ideal regulativo al que haré referencia a lo largo de este trabajo. En primer

³ En lo que se refiere a la revisión judicial, la nueva práctica dialógica nos ayuda a revisar las explicaciones tradicionales en la materia. A través a la introducción del punto de vista dialógico, los Jueces tienden a perder la prerrogativa que hoy día poseen de pronunciar 'la última palabra institucional'. Sumado a esto, el modelo dialógico convive al sistema institucional de una forma significativamente distinta al modelo tradicional, en el que la revisión judicial se reduce a opiniones binarias sobre la invalidez o confirmación de un estatuto.

lugar asumo que, en una democracia, la interpretación constitucional tiene que ser el resultado de una conversación horizontal, colectiva e inclusiva, y no una imposición "desde arriba". Lo mismo vale para los derechos sociales, incluidos por muchas constituciones alrededor del mundo y cuya implementación ha resultado ciertamente complicada: la interpretación de estos derechos debería ser producto de una conversación colectiva, y su realización debería ser vista como una tarea grupal en manos de la comunidad entera, con una participación decisiva de parte de los trabajadores y aquellos grupos minoritarios que son sus principales depositarios.

Ahora, para contar con un punto de partida desde donde llevar a cabo la evaluación crítica de la práctica actual del constitucionalismo dialógico, definiré a continuación los posibles contornos de este ideal dialógico regulativo.

El ideal. En su forma ideal, el diálogo democrático puede caracterizarse de la siguiente manera:

- i) Es una conversación sobre los asuntos públicos fundamentales, tales como los que contienen la mayoría de las Constituciones modernas (por ejemplo, el alcance y límites de la libertad de expresión o de la libertad de asociación, los derechos sociales, etcétera).
- ii) Es un diálogo abierto, esto quiere decir que la conversación se celebra a puertas abiertas y es fácilmente accesible a todo público.
- iii) Es un diálogo inclusivo, esto quiere decir que "todos los posibles afectados" toman parte en él.⁴
- iv) Es genuinamente deliberativo, esto quiere decir que los participantes intercambian y discuten sus puntos de vista, son sensibles a las ideas de otros, y están motivados a cambiar las opiniones propias siempre

⁴ Cfr., Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms*, traducción de W. Rehg, MIT Press, Cambridge, MA (1992) 1996.

- que reconozcan que sus argumentos estaban equivocados parcial o completamente, o bien si reconocen que los puntos de vista de los otros son más persuasivos (muestran sensibilidad a "la fuerza del mejor argumento", de acuerdo con la formulación de Habermas).
- v) Es igualitario, esto quiere decir que todos los participantes están en condición de igualdad, esto es, son igualmente capaces de presentar y defender sus puntos de vista, al tiempo que gozan de la misma autoridad moral, política y jurídica.
 - vi) Finaliza cuando se llega a un acuerdo unánime entre todos los participantes.⁵

2. Diálogos constitucionales reales. Dificultades y limitaciones

A continuación, quiero presentar una lista no exhaustiva de los problemas que pueden surgir –y que de hecho han surgido, como veremos más adelante– en el desarrollo de los "diálogos constitucionales". Me referiré ahora brevemente a algunos de ellos:

¿Qué puede calificar como diálogo? Comenzaré esta exploración haciendo referencia a una cuestión general y básica, a saber, nuestro interés por evitar los usos demasiado vagos e imprecisos del término "diálogo".⁶ A modo de ejemplo: el trabajo de Barry Friedman representa uno de los mejores y más sofisticados

⁵ El punto de vista que me interesa defender aquí está relacionado con las concepciones deliberativas de la democracia. Sostengo que la idea de democracia deliberativa está asociada con dos de las características principales de todo sistema democrático, a saber, la *inclusión* y la *discusión*. Asumo además que la democracia deliberativa resulta particularmente atractiva gracias a sus virtudes epistémicas: nos permite obtener conocimiento sobre las perspectivas diferentes de personas distintas acerca de los asuntos públicos fundamentales. Véase Carlos S. Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale University Press, New Haven, 1996.

⁶ Este punto es particularmente importante debido a que muchos defensores de las formas tradicionales de revisión judicial suelen estar tentados a redescubrir tales prácticas tradicionales en términos dialógicos, con el fin de hacerlas inmunes frente a la objeción democrática clásica.

intentos por redescribir las prácticas judiciales tradicionales como prácticas dialógicas.⁷ Desde mi punto de vista, el problema con la propuesta de Friedman (y de otros) es que presenta como "diálogo" lo que muchos de nosotros describiríamos en otros términos más rudimentarios. De hecho, la definición de "diálogo" ofrecida por Friedman no coincide con prácticamente ninguno de los requisitos que antes he asociado con el término: según él, "la conversación" tiene lugar entre actores con poderes sumamente desiguales; existen numerosas voces que quedan en el silencio o que no son escuchadas; las decisiones de la Corte ganan un carácter "final" por lo menos durante varios años o incluso décadas (una vez que el conflicto original haya sido disuelto). Asimismo, las numerosas calificaciones que caracterizan la descripción de Friedman del diálogo judicial sugieren que su concepción del diálogo resulta ser, en el mejor de los casos, muy restrictiva.⁸ En lo que sigue, me concentraré en problemas más específicos relacionados con los quién, cómo y por qué de las prácticas dialógicas.

El diálogo no debería estar confinado a una élite social. Para ser atractivo, un proceso consultivo debería incluir diferentes actores, representantes de la pluralidad de individuos y grupos que pueden llegar a ser afectados por la decisión que habrá de tomarse. En la medida de lo posible, todas estas perspectivas deberían ser consideradas. Deberíamos esforzarnos especialmente por incluir los puntos de vista de aquellos individuos y grupos que tradicionalmente han enfrentado mayores complicaciones para ser escuchados. Alguno de los ejemplos que examinaré en este trabajo ratifican esta afirmación: si no son organiza-

⁷ Jenna Bednar, "The Dialogic Theory of Judicial Review. A New Social Science Research Agenda", *The George Washington Law Review*, vol. 6, núm. 78, septiembre 2010; Barry E. Friedman "Dialogue and Judicial Review", *The Michigan Law Review Association*, vol. 91, núm. 4, 1993; *The Will of the People*, Farrar Straus and Giroux, Nueva York, 2009; y "Online Alexander Bickel symposium: Learning about the Supreme Court", *SCOTUSblog* (post de 20 de agosto de 2012, 2:19 pm).

⁸ Roberto Gargarella, "Acerca de Barry Friedman y el 'constitucionalismo popular mediado'", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, vol. 30, 2005.

dos bajo reglas estables y justas, los debates públicos pueden quedar limitados a la participación de "unos cuantos" (expertos, burócratas representantes de corporaciones poderosas); o a otros individuos o grupos que simplemente reproducen o confirman los puntos de vista del gobierno (o los intereses de aquellos que están a cargo de las reuniones públicas).

El diálogo no debería reducirse a (o identificarse con) un mero intercambio de argumentos entre los distintos poderes. Un diálogo apropiado posible no debería restringirse a la comunicación o al intercambio de argumentos entre distintos sectores del poder. Mi punto aquí tiene dos dimensiones. Por un lado, quiero hacer notar que el sistema tradicional, bien establecido, de "frenos y contrapesos" tiende a evitar o socavar, más que a promover, el diálogo. En segundo lugar, quiero insistir en la idea de que un diálogo apropiado debería ser particularmente sensible a las voces de aquellos individuos y grupos que, asumimos razonablemente, han tenido serias dificultades para participar e incidir en los procesos de toma de decisión. En consecuencia, aquellos diálogos que limitan la participación a los miembros de distintos sectores poderosos no deberían ser considerados, en principio, expresiones atractivas de lo que he llamado un diálogo apropiado posible.

Sobre la primera dimensión he escrito ya en algún otro lugar, y no deseo repetir aquí mis argumentos.⁹ Simplemente insistiré en la idea de que el objetivo fundamental buscado por la propuesta institucional de Madison sobre los "frenos y contrapesos" era la de proporcionar a las distintas ramas del poder "herramientas defensivas": cada sector del gobierno tenía que estar institucionalmente preparado para resistir los ataques que previsiblemente los demás dirigirían en su contra. En palabras de Madison, era necesario dar "a aquellos que administran cada departamento los medios constitucionales necesarios y los motivos perso-

⁹ Roberto Gargarella, "'We the People' Outside of the Constitution. The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances", *Current Legal Problems*, vol. 67, núm. 1, 2014, pp. 1-47.

nales para resistir la transgresión de los otros" (federalist papers 51). Nadie niega que el "debate público" pudiera surgir también de esa peculiar estructura institucional elegida en ese momento.¹⁰ Sin embargo, me parece claro, dar lugar al debate público no era la meta principal de la Constitución de Estados Unidos: el sistema institucional que se estableció en aquel momento estaba dirigido a prevenir o encausar la "guerra civil", más que a promover el desarrollo de una conversación colectiva de cualquier tipo.

Acerca del segundo problema –aquel sobre un diálogo sin "nosotros el pueblo"– solamente diré que en el contexto de los problemas de legitimidad que caracterizan al Poder Judicial, y también a la luz de la crisis de representación que afecta al sistema político, la prospectiva de un "diálogo entre los distintos poderes" no luce como una propuesta particularmente emocionante. Claro que, para muchos de nosotros que hemos criticado las formas tradicionales de revisión judicial durante décadas (pensemos, particularmente, en el trabajo de Jeremy Waldron y Mark Tushnet), el surgimiento de alternativas institucionales que, de una u otra forma, diluyen el poder que tiene "la última palabra" de los Jueces, representa una excelente noticia. No obstante, en un contexto institucional como el que he sugerido (que además incluye desigualdades profundas e injustificadas: concentración de los medios de comunicación, campañas políticas financiadas por corporaciones millonarias, etc.), la perspectiva de promover un mayor "diálogo" entre los distintos poderes pierde una buena parte de su atractivo potencial: un diálogo entre elites/servidores públicos de alto rango resulta muy poco atractivo.

El diálogo no debe depender de la voluntad discrecional de ninguno de los participantes. El diálogo público debería seguir reglas claras y justas, y no depender

¹⁰ Stephen Holmes, "Precommitment and the Paradox of Democracy", en Elster, Jon y Slagstad, Rune, *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988; y Cass R., Sunstein, *The Partial Constitution*, Harvard University press, Cambridge, 1993.

exclusivamente de la voluntad de los participantes. Con mayor precisión, los participantes deben saber porqué, cuándo y por cuáles razones, las autoridades públicas habrán de dar lugar a procesos de consulta pública. Estas conversaciones públicas no deberían depender de la buena voluntad discrecional de ninguno de los participantes.

A modo de analogía, imaginemos la situación de una familia en la que el padre (quien está a cargo principalmente de la economía familiar) suele tener la "última palabra". Puede ser que el padre esté abierto al diálogo, puede incluso que esté dispuesto a discutir cualquier asunto relevante con el resto de la familia alrededor de una mesa. No obstante, no debería sorprendernos que, al final del día, las propuestas del padre sean las que prevalezcan. Normalmente, debates como estos comienzan y terminan en el momento que el padre decida. Esta situación apunta hacia un problema más general, a saber, que la presencia de poderes discrecionales –sin importar la mayor o menor frecuencia con la que dichos poderes se ejerciten, o su mayor o menor generosidad– socava el valor de un diálogo público.

La conversación no debería reflejar o reproducir las iniquidades que pueden existir entre los participantes. Sabemos que en cada diálogo real y posible habrá siempre algunas desigualdades y diferencias significativas entre los participantes. Un diálogo propiamente dicho debería estar organizado de manera que se minimicen o transformen esas desigualdades en lugar de darlas por hecho. En este punto, concentraré mi atención principalmente en una clase particular de estos problemas, a los que llamaré problemas *motivacionales* o *actitudinales*. La dificultad, en este caso, tiene que ver con la actitud con la que cada participante toma parte en la conversación, y particularmente con el tipo de actitudes que generan posiciones asimétricas entre los participantes.¹¹

¹¹ Iris M. Young, *Inclusion and Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

Los procesos dialógicos no deberían estar diseñados para el beneficio exclusivo (o casi exclusivo) de aquellos que los organizan. Las iniciativas dialógicas pierden su significado cuando, al final del proceso, los participantes no logran tener una idea clara de la razón por la que fueron invitados a formar parte de tales eventos, así como cuando quienes toman las decisiones no hacen explícita la manera en la que abrir la conversación ayudó a mejorar esas decisiones que se están por tomar. Desafortunadamente, esta situación aparentemente prevalece –hasta el día de hoy– particularmente en las audiencias públicas organizadas por el Congreso o la judicatura que, es de esperar, no siguen reglas procedimentales claras y equitativas. Para ilustrar este punto, utilizaré ahora una anécdota proveniente de mi propia experiencia. En lo personal, he tenido la oportunidad de participar de distintas audiencias públicas organizadas por el Congreso de mi país, y los resultados siempre han sido similarmente frustrantes: nosotros –expertos y académicos– presentamos nuestros puntos de vista, uno tras otros (alrededor de diez minutos o menos, cada uno). Normalmente, cada orador simplemente abandonaba el recinto al concluir su presentación. Nosotros sabíamos que ninguna conclusión vendría después de la reunión; sabíamos que no habría nadie que respondiera a nuestros argumentos; sabíamos que nadie nos informaría jamás si nuestros argumentos habrían de ser finalmente considerados o no, en qué manera o por qué razones. El punto es: los debates públicos deberían llevarse a cabo con la finalidad de enriquecer a la sociedad entera, y no celebrarse por el mero beneficio de aquellos que los organizan.

3. "Cláusula del 'no-obstante'", "compromiso significativo" y audiencias públicas

En las líneas siguientes, quiero examinar e ilustrar las ideas anteriores y las críticas que han sido dirigidas en contra del constitucionalismo dialógico. Para hacer eso, exploraré tres casos relacionados con las tres herramientas dialógicas, usadas y desarrolladas en nuestro tiempo, más significativas. En primer lugar

examinaré la *cláusula del 'no obstante'* (conocida como la *notwithstanding clause*) que fuera incorporada en la carta canadiense de derechos durante la década de 1980. Esta cláusula disparó una profunda discusión al interior de la academia acerca de los instrumentos dialógicos. Después, examinaré la noción de *compromiso significativo*, empleada por la Corte Constitucional de Sudáfrica en algunas decisiones recientes. Finalmente, exploraré la práctica de las *audiencias públicas*, desarrollada (entre otras instituciones) en años recientes por diferentes cortes constitucionales o supremas en América Latina.

a. La cláusula del 'no-obstante' (*notwithstanding clause*)

El surgimiento de la "cláusula del 'no-obstante'" en Canadá jugó un papel significativo en el desarrollo de los debates jurídicos sobre los instrumentos dialógicos y la democracia deliberativa. De hecho, algunos de los cambios que se introdujeron en el sistema jurídico canadiense, particularmente después de la adopción de la Carta de Derechos en 1982, detonaron discusiones contemporáneas acerca del así llamado "constitucionalismo dialógico".¹² Estos cambios forman una parte central de lo que ha sido llamado el "nuevo modelo *Commonwealth* del constitucionalismo".¹³

En Canadá, las discusiones sobre el tema comenzaron, no solamente sino centralmente, como resultado de lo estipulado en la sección 33 de la Carta de Derechos, misma que incluía la llamada cláusula "de salvaguardia" o "de preva-

¹² K. Young, *Constituting Economic and Social Rights*, op. cit., p. 148; Luc B. Tremblay, "The Legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, 2005, pp. 617-648.

¹³ El modelo del *Commonwealth* se refiere a una diversidad de experiencias que acompañaron la introducción de diversas reformas jurídicas no sólo en Canadá (1982), sino también en el Reino Unido (1998), Nueva Zelanda (1990) o Australia (2004). Stephen Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

lencia del interés público".¹⁴ Esta cláusula permite a la legislatura nacional o local insistir en la aplicación de su legislación por un periodo adicional de cinco años, sin importar que una Corte la encuentre inconsistente en relación con algunos de los derechos contenidos en la Carta de Derechos. De este modo, parte de lo que la reforma canadiense hizo fue empoderar a la legislatura para ejercer la "última palabra" por mayoría ordinaria, por lo menos por un periodo de cinco años. Por un lado, la reforma desafiaba a los sistemas tradicionales de supremacía judicial, es decir a aquellos sistemas institucionales en los que la "última palabra institucional" pertenece a la judicatura. Por otro lado, la manera en la que la reforma consiguió hacer su objetivo abrió la oportunidad para un intercambio fructífero de argumentos –un proceso de acción y respuesta– entre los poderes judicial y legislativo.¹⁵

En términos de un sistema tradicional de "frenos y contrapesos", la propuesta anterior suena ciertamente radical. Esto es así, particularmente, si asumimos –como en mi caso– que los sistemas tradicionales de "frenos y contrapesos" desincentivan o previenen el surgimiento, en lugar de favorecerlo, de cualquier tipo de "diálogo" significativo relacionado con la interpretación constitucional. Los primeros académicos que presentaron a la reforma canadiense como una

¹⁴ Véase Christine A. Bateup, "Expanding the Conversation: American and Canadian Experiences of Constitutional Dialogue in Comparative Perspective", *Temple International and Comparative Law Journal*, primavera, Public Law Research Paper, No. 6-37 2007; Peter W. Hogg y Allison A. Bushell, "The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All)", *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 35, núm. 1, primavera 1997, pp. 75-124; Peter W. Hogg, Bushell, Allison A. y Wade Wright, "Charter Dialogue Revisited. Or 'Much Ado About Metaphors'", *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 45, núm. 1, primavera 2007, pp. 1-65; Malcolm Langford (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009; Christopher Manfredi y James B. Kelly, "Six Degrees of Dialogue. A Response to Hogg and Bushell", *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 37, núm. 3, otoño 1999, pp. 513-527; Petter, Andrew, "Twenty Years of Charter Justification. From Liberal Legalism to Dubious Dialogue", *UNB Law Journal*, vol. 52, 2003, p. 187; Roach, Kent, "Constitutional and Common Law Dialogues Between the Supreme Court and Canadian Legislatures", *Canadian Bar Review*, vol. 80, 2001, pp. 481-533; Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, Princeton University Press, Princeton, 2008 y M. Tushnet, "Dialogic Judicial Review", art. cit.

¹⁵ K. Young, *Constituting Economic and Social Rights*, op. cit., p. 148.

que promovía "el diálogo constitucional" fueron Petter Hogg y Allison Bushell. De hecho fueron los primeros en usar la metáfora del "diálogo" en relación con la cláusula.¹⁶ Más tarde, Kent Roach ofreció la que fue quizás la mejor justificación del sistema, basada en sus premisas dialógicas.¹⁷

Ahora bien, ¿cómo evaluar la reforma canadiense? Quizás, lo primero que debemos decir es que no está claro siquiera que la reforma haya promovido un cambio cercano relacionado con lo que llamaríamos una "discusión pública" en el contexto de este artículo. Si tuviéramos que describir la dinámica a la que da lugar la cláusula del 'no-obstante', los términos como "imposición" y "aquiescencia" serían más apropiados que "diálogo" y "cooperación". Por otra parte, debería decir que el sistema canadiense no proporciona incentivos de calidad a las distintas ramas de gobierno para alcanzar el compromiso mutuo en una conversación recíprocamente enriquecedora (lo que puede explicar por qué la cláusula ha sido raramente usada). Además, no es para nada obvio que la reforma canadiense haya transformado el sistema tradicional en uno de "revisión judicial débil".¹⁸

Tal vez estoy exagerando en mi acercamiento crítico a la cláusula del 'no-obstante'. Probablemente estoy poniendo demasiado énfasis en los aspectos menos atractivos del sistema. Pero el hecho es este: cuando ponemos atención a la discusión académica sobre la cláusula, encontramos que varias de las críticas principales que se dirigieron en su contra se refieren, justamente, al uso vago o inapropiado de la idea de "diálogo", promovido por los principales defen-

¹⁶ P. Hogg y A. Bushell, "The Charter Dialogue between Courts...", art. cit.; y S. Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, op. cit., p. 111.

¹⁷ K. Roach, op. cit., 2001 y 2004.

¹⁸ De acuerdo con diversos autores, de hecho, "en un análisis más detallado, la revisión judicial en Canadá no es por lo general más débil que en los Estados Unidos simplemente por la existencia de la sección I": S. Gardbaum, op. cit. 2013, p. 117. Incluso Kent Roach—una de las principales autoridades académicas cuando se trata de la cláusula de salvaguarda, y uno de sus principales defensores—reconoce que "la revisión judicial dialógica puede degenerarse en un monólogo y supremacía judicial": K. Roach, "Dialogic Judicial Review...", art. cit., 75-6; Jamie Cameron, "Dialogue and Hierarchy in Charter Interpretation. A Comment on R. V. Mills", *Alberta Law Review*, vol. 38, núm. 4, 2001, pp. 1051-1068.

sores de la cláusula.¹⁹ En el mejor de los casos, un diálogo como ese sería uno confinado meramente a las ramas legislativas y judiciales.

En resumen, no es claro que, a pesar de sus grandes promesas, la reforma canadiense haya representado una diferencia significativa con respecto al modelo tradicional estadounidense, y mucho menos que haya favorecido el objetivo de la deliberación democrática.²⁰ Si el nuevo sistema propuesto por la cláusula de salvaguarda ganó tanta atención fue, creo, porque nos ayudó a darnos cuenta tanto de las dificultades que establece un sistema de "frenos y contrapesos" respecto a la promoción del diálogo y la cooperación, como de la dificultad para introducir reformas institucionales (no dramáticas) en esta dirección.

b. Las audiencias públicas

La organización de audiencias públicas a cargo de distintas Cortes Supremas en América Latina se ha convertido en una práctica común en la región. Muchas de estas cortes adoptaron dicha práctica siguiendo el ejemplo de la progresista y activa Corte Constitucional colombiana. Hasta ahora, los tribunales latinoamericanos han utilizado las audiencias públicas por múltiples razones. En algunos casos –podemos asumir– lo único que se buscaba era recuperar un poco de la legitimidad perdida; en otros casos, la iniciativa respondió a un esfuerzo genuino por alcanzar la transparencia; y todavía en otros se buscó exhibir la apertura hacia la sociedad civil. De cualquier manera, es un hecho que desde el comienzo de la década de 1990 (la Corte Constitucional colombiana

¹⁹ De acuerdo con Christine Bateup, es difícil describir aquellas situaciones de "simple conformidad" de parte de la legislatura, como evidencia de "un diálogo realmente interactivo entre iguales", C. Bateup, art. cit., p. 11. De forma similar, para Andrew Petter, "los teóricos del diálogo tienden a exagerar la influencia de las legislaturas al responder a decisiones judiciales", en A. Petter, *Twenty Years of Charter...*, art. cit., p. 11.

²⁰ Jeffrey Goldsworthy, *Parliamentary Sovereignty*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 205.

fue creada en 1991), la práctica de celebrar audiencias públicas se volvió cada más común (particularmente) entre las Cortes de más alto rango.²¹

En las siguientes líneas me gustaría ilustrar el trabajo de estas audiencias públicas a través de dos ejemplos, la Corte Suprema de Brasil y la Suprema Corte de Argentina, las cuales han mostrado un activismo particular en la promoción de dichas audiencias desde principios del año 2000.

Tradicionalmente, la Corte Suprema de Brasil o Supremo Tribunal Federal (STF) ha sido caracterizado como un organismo "anti-deliberativo" o "no-deliberativo" "desde el primer momento".²² No obstante (y probablemente por esa razón), en los últimos años la Corte en Brasil ha ido cambiando sus prácticas y adoptando procedimientos más transparentes. Estas novedades incluyen cambios al nivel de la jerarquía, la posibilidad de una intervención *amicus curiae*; la transmisión, a través de medios de comunicación masiva, de los procedimientos que celebra la Corte; así como la celebración de audiencias públicas, sobre las cuales concentraré mi atención en adelante. Las audiencias públicas eran una práctica común en el ámbito legislativo, sin embargo, su extensión hacia la esfera judicial no se produjo sino recientemente, después de la aprobación de dos leyes en 1999 (no obstante, como veremos, la primer audiencia pública se celebró hasta 2007). Estas leyes (encargadas de regular la Acción Directa de Inconstitucionalidad) permitían la organización de audiencias públicas en circunstancias específicas (aunque finalmente muy generales). De acuerdo con el texto legal, el Magistrado encargado del caso, el Relator, o el Presidente de la Corte está autorizado para llamar a una audiencia pública "siempre que considere que la aclaración de alguna cuestión, o de las circunstancias de hecho, sea necesaria,

²¹ César Rodríguez-Garavito, "Beyond the Courtroom. The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America", *Texas Law Review*, vol. 89, núm. 7, 2011, pp. 1669-1698.

²² Virgilio Alfonso da Silva, "Deciding without Deliberating", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, núm. 3, 2013, pp. 557-584.

en casos de repercusión general y que sean relevantes para el interés público".²³ Desde entonces, la Corte ha organizado audiencias públicas alrededor de 20 veces. Éstas incluyen discusiones acerca de los temas más variados, desde la prohibición de las importaciones de llantas automotrices usadas, hasta la acción afirmativa o la posibilidad de interrumpir el embarazo en los casos de concepción de fetos anencefálicos.

De acuerdo con un estudio reciente acerca de las audiencias brasileñas elaborado por el investigador Thiago Luis Santos Sombra (que examina las 18 audiencias públicas celebradas por la Corte entre 2007 y 2015), el Relator a cargo de cada audiencia goza de amplios poderes discrecionales.²⁴ De hecho, uno de los hallazgos más significativos en este estudio tiene que ver con aquello que no reveló, esto es, criterios claros y abiertos acerca de los requisitos básicos que conducen las audiencias. Con mayor precisión, el estudio no arrojó ninguna luz que nos permitiera entender por qué para ciertos casos se organizan audiencias públicas, pero no para otros; o por qué la frecuencia con la que son organizadas varía de la forma en lo que lo ha hecho (de 18 audiencias, 13 tuvieron lugar durante los últimos tres años de la investigación y siete en 2013). Sumado a esto, el estudio no reveló criterios claros que indicaran quién habría de ser invitado a participar en las audiencias –por qué a esas personas y no a otras–.²⁵ Desafortunadamente, conviene tener claro que en la mayoría de los casos las audiencias

²³ Mônia C.Hennig Leal, "Public Hearings in the Ambit of the Brazilian Federal Supreme Court. A New Form of Participation in Public Affairs?", 2015, p. 9. Documento de trabajo, disponible en: <http://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/ws16/w16-leal.pdf>; M. Tushnet, "New Institutional Mechanism for Making Constitutional Law", *Harvard Public Law*, documento de trabajo 15-08, abril 2015, p.14. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2589178>

²⁴ Thiago Santos Sombra, "Supremo Tribunal Federal Representativo? O Impacto das audiências públicas na deliberação", *Revista Direito GV*, vol. 1, núm. 1, 2017, pp. 236-273.

²⁵ El número de participantes ha variado, desde los diez hasta pasados los cincuenta; y su procedencia ha sido diversa, aunque la presencia de expertos suele dominar. En general, los participantes han sido divididos en grupos separados, uno favoreciendo la constitucionalidad del acto legislativo en pugna, y el otro oponiéndose a ella M. Tushnet, "New Institutional Mechanism...", art. cit., p. 14.

fueron abiertas exclusivamente a las voces de expertos y burócratas.²⁶ Por último, aunque al parecer lo más preocupante, el estudio subraya la tendencia que el STF ha mostrado a no usar o no reflejar propiamente el impacto de las audiencias en sus sentencias. "Por el contrario –sostiene el autor–, las distintas opiniones de los miembros del tribunal supremo se escriben regularmente, "en un nivel de abstracción elevado, seguido simplemente de un compromiso menor con la complejidad de la información obtenida durante las audiencias públicas".²⁷ En otras palabras, el propósito de las audiencias permanece poco claro después de leer las sentencias finales del tribunal: ¿para qué tal movilización de energía y recursos en la discusión de causas sumamente complejas, si los resultados de las audiencias no habrán de ser reflejados en las decisiones finales del tribunal?²⁸

A continuación agregaré algunas observaciones que hacen referencia al caso de la Suprema Corte en Argentina. Esta Corte organizó su primera audiencia pública en 2004 en el caso *Verbtsky*, relacionado con las cárceles y los derechos de los presos (en ese entonces la Corte sostuvo dos audiencias en dos días distintos); después se organizaron ocho audiencias en el famoso caso *Mendoza* (entre 2006 y 2007). A este periodo inicial le siguió la Resolución 30 en 2007 (Acordada 30/2007), una instrucción breve y vaga con la que la Corte intentaba regular los procedimientos que debían seguir las audiencias. Esta escasa regulación explícita, por lo menos parcialmente, algunos de los problemas que han

²⁶ Marjorie Corrêa Marona y Marta Mendes Rocha, "Public Hearings of the Brazilian Supreme Court: enhancing its democratic legitimacy?" Documento de trabajo, IPSA, 2013; Santos Sombra, "Supremo Tribunal Federal Representativo?...", art. cit.

²⁷ *Ibid.*, p. 16. Sin embargo, es posible encontrar explicaciones más optimistas sobre el asunto, por ejemplo D. W., Wang, "Courts and Health Care Rationing: The Case of the Brazilian Federal Supreme Court", *Health Economics, Policy and Law*, vol. 8, 2013, pp. 75; quien considera que las audiencias han mejorado en general la calidad de la jurisprudencia emitida por el tribunal (véase también M. Tushnet, "New Institutional Mechanism...", art. cit.)

²⁸ Miguel Gualano de Godoy, *Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos inter-institucionais*. Tesis doctoral de la Universidade Federal do Paraná (UFPR), 2015.

surgido a la hora de organizar audiencias públicas. Intentaré en adelante decir algunas cosas sobre este respecto.

En el que probablemente es el estudio más comprehensivo sobre las audiencias judiciales en Argentina, Benedetti y Sáenz documentaron con gran detalle la organización, el desarrollo y los resultados de todas las audiencias públicas que se han celebrado en Argentina desde 2004, año en el que la Suprema Corte sostuvo su primera sesión abierta.²⁹ Hay muchas cosas que podemos aprender de este estudio, por ejemplo el poco respeto mostrado por los Jueces hacia los participantes de las audiencias en ciertas ocasiones.³⁰

Sea como fuere, sobre este punto existe un hecho que es particularmente relevante, a saber, la ausencia virtual de reglas claras dedicadas a regular la manera en la que las audiencias deben ser conducidas y, consecuentemente, a regular los enormes poderes discrecionales que permanecen en manos de las autoridades de la Corte (particularmente en manos de su Presidente).

Un ejemplo interesante es el siguiente. Después de un corto periodo inicial en el que no existía regulación alguna, la Corte comenzó a celebrar audiencias cada año. De alguna manera, la Corte asumió la práctica de celebrar audiencias públicas como una característica distintiva de su nueva y más abierta identidad pública. Las autoridades que integraban la Corte defendieron orgullosamente esta práctica en público, y se encargaron de hacer la publicidad correspondiente.³¹ Ahora bien, el hecho es que cuando se examinan los registros

²⁹ Miguel Ángel Benedetti y María Jimena Sáenz, *Las audiencias públicas de la Corte Suprema*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2016.

³⁰ Esto es lo que pasó, por ejemplo, cuando la Corte invitó a miembros de grupos indígenas para discutir la explotación de litio en territorios que pertenecían a comunidades indígenas. Los Magistrados se involucraron en la discusión desde una posición distante y de superioridad que resultó impactante para todos los presentes. Una crónica de estas audiencias se puede encontrar, por ejemplo, en la página del *Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas*, <http://odhpi.org/2012/03/corte-suprema-mineria-y-pueblos-indigenas/>.

³¹ En su sitio oficial, la Corte reservó un lugar especial para la exposición y videograbación de las audiencias. A continuación comparto aquí el link a dicha página, la cual incluye todos los archivos grabados de las audiencias que tuvieron lugar entre 2008 y 2013:

de la Corte, encontramos datos sorprendentes como los siguientes: en 2007, la Corte celebró solamente una audiencia pública, aunque después en 2008, el número de audiencias celebradas se elevó a cinco. En 2009 la Corte sostuvo cuatro audiencias públicas, pero luego, de 2012 a 2014, solo se celebraron dos cada año (lo que es peor, en 2013 y 2014, las dos audiencias que se llevaron a cabo estaban relacionadas con el mismo caso). Así las cosas, es pertinente preguntarnos: ¿qué explica estas variaciones en el número de audiencias celebradas por la Corte cada año? El hecho es que no hay una respuesta clara a esta interrogante: básicamente, en esta cuestión, las autoridades que integran la Corte han hecho lo que han querido cuando así lo han dispuesto. De hecho, ésta es probablemente la conclusión más importante en el trabajo de Benedetti y Sáenz sobre el tema: "La discrecionalidad (su alto nivel) que encontramos en la selección de casos para los que se celebraron audiencias se encuentra también en la manera en la que la Corte las organizó y condujo".³²

Esta misma idea aplica a las consecuencias inmediatas de las audiencias: en algunas ocasiones, las audiencias parecían tener un impacto decisivo sobre la sentencia final de la Corte, mientras que en otras parecían ser básicamente insignificantes.³³ El problema es una vez más que no tenemos razones que expliquen estas variaciones: "siempre la decisión final se mantiene en manos de la Corte misma".³⁴

Cabe mencionar que la actuación de las Cortes argentina y brasileña no ha sido idéntica. Sin embargo, es un hecho que ambas han sido afectadas por problemas similares. Mencionaré ahora algunos de ellos:

<http://www.cij.gov.ar/nota-12799-Las-audiencias-p-blicas-de-la-Corte-Suprema-en-un-nuevo-especial-del-CIJ.html>

³² M. A. Benedetti, y M. J. Sáenz, María Jimena, *op. cit.*, p. 135.

³³ *Ibidem*, 130.

³⁴ *Ibid.*

En primer lugar, ambas Cortes han trabajado siguiendo reglas vagas e inciertas, que les permiten actuar con altos niveles de discrecionalidad: comúnmente, ellas decidían si organizaban audiencias públicas o no, según quisieran. En segundo lugar, los participantes de las audiencias no tenían idea sobre si sus ideas o propuestas iban a ser tomadas en cuenta por la Corte, ni recibían comentarios después de sus presentaciones. Además, en ambos casos las audiencias tendían a reflejar y reafirmar el estatus desigual que existía entre los participantes y los Magistrados. Desde el punto de vista de "la inclusión", las audiencias (particularmente aquellas que tuvieron lugar en Brasil) tendían a ser más limitadas y elitistas de lo que se esperaba: las voces "expertas" y los representantes de grupos poderosos mostraron una tendencia a estar sobrerrepresentadas en dichos intercambios. Por último, las sentencias finales de ambas Cortes, en ocasiones, reflejaban la importancia de las audiencias públicas previas, y en ocasiones las ignoraban por completo, lo que obviamente es un problema. Finalmente, aquellos ciudadanos comprometidos que seguían las audiencias con atención jamás supieron por qué, en qué momento o por qué razones el tribunal rechazaba o se apropiaba de un argumento particular.

Claramente, ninguna de estas críticas niega el enorme valor de las audiencias. Éstas representan una novedad que debe ser bienvenida. A pesar de los problemas que las aquejan, las audiencias constituyen un paso gigantesco en la dirección correcta. La gente puede reconocer la importancia de ciertos debates públicos, puede aprender de ellos, y puede ver también que aquellos asuntos aparentemente técnicos y ultra-complejos se refieren a asuntos que los afectan y que están abiertos a discusión. Las audiencias públicas también dejan en claro que en las conversaciones públicas, el mejor argumento siempre debe prevalecer. Es exactamente por estas razones que es tan importante que las Cortes comiencen a ejercer sus poderes de manera distinta. Deberían ratificar, en lugar de negar, los principios que subyacen a las conversaciones entre iguales.

c. El "compromiso significativo" (*meaningful engagement*)

La Corte Constitucional sudafricana se ha convertido en un ejemplo para las demás por varias razones –particularmente, si atendemos a la perspectiva de los activistas preocupados por la implementación de los derechos sociales y económicos–. La Corte es un modelo a seguir en términos de la manera en la que lleva a cabo los razonamientos con los que justifica sus decisiones, en el nivel de creatividad e innovación que ha mostrado en sus sentencias, y el grado de sensibilidad que ha exhibido en relación con los derechos de los más vulnerables.

La Corte ha promovido la participación popular, y de esa manera fortalecido sus lazos con la sociedad civil, de distintas maneras: desarrolló reglas generosas que rigen sus jerarquías internas, ha promovido el uso de las acciones de clase, las acciones de interés público y la figura *amici curiae*, etc.³⁵ En años recientes, al revisar un caso en el que estaban en juego los derechos de vivienda, la Corte desarrolló también una práctica innovadora, esa llamada hoy día "compromiso significativo".

La figura del "compromiso significativo" (*meaningful engagement*) nació a partir de las resoluciones tomadas por la Corte con el fin de asegurar que las partes en un conflicto "se comprometieran entre ellas de manera significativa en relación con ciertos asuntos".³⁶ La primera ocasión en la que la Corte sudafricana promulgó una orden de "compromiso significativo" se dio en 2008 con el caso, bien conocido, *Olivia Road*.³⁷ El caso, como veremos, representa un excelente ejemplo

³⁵ Sandra Liebenberg, "Participatory Approaches to Socio-Economic Rights Adjudication: Tentative Lessons from South African Evictions Law", *Nordic Journal of Human Rights*, vol. 32, núm. 4, 2014, p. 317; Theunis Roux, *The Politics of Principle. The First South African Constitutional Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

³⁶ Anashri Pillay, "Toward Effective Social and Economic rights Adjudication: The Role of Meaningful Engagement", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, núm. 2, 2012, p. 732.

³⁷ Los habitantes del número 51 de *Olivia Road, Bare Township* y el número 197 de *Main Street Johannesburgo* vs. la Ciudad de Johannesburgo y otros, 2008 (3) SA 208 (CC). Como sea, existe una larga historia que precede al caso *Olivia Road*, la cual comenzó con la prevención del Desalojo ilegal y la Ocupación Ilícita establecida

de lo que una Corte comprometida con los derechos de los menos aventajados podría hacer, asegurando la consistencia con (incluso demandando el entendimiento de) la democracia.

En el caso *Olivia Road*, los demandantes impugnaban la práctica de la municipalidad de Johannesburgo de desalojar por razones de salud y seguridad a los residentes de los supuestos "malos edificios".³⁸ No hace falta decir que con regularidad quienes ocupan esta clase de construcciones forman parte de los grupos más marginados de la sociedad. El desalojo que tuvo lugar en este caso era parte de un plan que pretendía expulsar a un estimado de 67,000 personas de 235 propiedades supuestamente insalubres e inseguras.³⁹ En un pasaje crucial de su decisión, la Corte sostenía que:

Se exhorta a la ciudad de Johannesburgo y a los demandantes en este caso a comprometerse uno con el otro significativamente y tan pronto como sea posible, para llevar a cabo un esfuerzo por resolver las diferencias y dificultades exhibidas en esta solicitud a la luz de los valores impuestos por la Constitución, los deberes constitucionales y legislativos de la municipalidad y los derechos y obligaciones de los ciudadanos involucrados.⁴⁰

por el Acto de Tierras 19 de 1998 (PIE) (mismo que permitió a las Cortes explorar nuevas soluciones en aquellos casos basados en las ideas de "justicia y equidad") y distintas decisiones significativas que tomó la Corte, desde el caso *Grootboom* (en el que la Corte sostuvo que el gobierno no podía simplemente remover ocupantes ilegales de las tierras que ocupaban, como si otros derechos fundamentales, incluyendo los derechos de vivienda no estuvieran igualmente presentes en la Constitución) hasta el caso *Marzbuko* (en el que la Corte reconoció los deberes que tiene el Estado en favor de los pobres, de modo que se asegurara la consecución de la igualdad básica) (S. Liebenberg, "Toward an Equality-promoting Interpretation of Socio-economic Rights in South Africa. Insights from the Egalitarian Liberal Tradition", *South African Law Journal*, vol. 132, part. 2, 2015, p. 430). Con mayor precisión, en una de sus decisiones iniciales en materia de desalojo, a saber en el caso *Port Elizabeth Municipality*, el tribunal definió que un elemento crucial al definir la justicia de un desalojo estaba dado porque las partes tuvieron una "discusión apropiada" entre ellos, y sí se habían intentado llevar a cabo procesos de "mediación". (Sandra Liebenberg, "Engaging the paradoxes of the universal and particular in human rights adjudication. The possibilities and pitfalls of 'meaningful engagement'", *African Human Rights Law Journal*, vol. 12, 2012, pp. 13-14).

³⁸ Lilian Chenwi, "Democratising the Socio-Economic Rights-Enforcement Process", en Alviar García, Helena, Klare Karl y Lucy A. Williams, *Social and Economic Rights in Theory and Practice*, Routledge, Londres, 2015, p. 185.

³⁹ *Ibidem*, 14.

⁴⁰ Supra nota 37. Disponible en: www.saflii.org/za/cases/ZACC/2008/1.html

Tiempo después de haber celebrado su "compromiso significativo", las partes en el caso tenían que informar a la Corte cuáles habían sido los resultados del convenio, de modo que el tribunal pudiera decidir cómo habría de proceder en consecuencia. En este caso en particular (y después de su "compromiso significativo") las partes alcanzaron un acuerdo sobre la manera en la que las condiciones de seguridad y salubridad del edificio en pugna habrían de ser mejoradas, y sobre la manera de colocar en un lugar alternativo a los ocupantes durante el tiempo que tomarían las reparaciones. En noviembre de 2007 la Corte finalmente aceptó el acuerdo.⁴¹

Olivia Road se convirtió así en un caso paradigmático de la manera en la que debe enfrentarse un conflicto social, favoreciendo estrategias que son sensibles a las necesidades de los menos aventajados, que favorecen la participación ciudadana, y que son conscientes de los poderes y la legitimidad limitada del tribunal supremo. Por supuesto existen numerosas objeciones que se pueden presentar en contra de la decisión de la Corte.⁴² Para Sandra Liebenberg, el caso representa "una valiosa afirmación del principio de democracia participativa y deliberativa a la hora de resolver conflictos relacionados con los derechos constitucionales como el de vivienda".⁴³ No obstante, la autora señala también el riesgo que existe de que los "compromisos significativos" terminen convirtiéndose en "procesos de solución de disputas locales carentes de principios y vacíos de cualquier normatividad".⁴⁴

Parcialmente, las sospechas de Liebenberg surgieron a consecuencia de lo que pasó en un caso subsecuente, *Joe Slovo I*,⁴⁵ en el que la misma Corte socavó en

⁴¹ S. Liebenberg, "Engaging the paradoxes of the universal...", art. cit., p. 15.

⁴² Katherine Young, por ejemplo, desarrolló un acercamiento crítico a este tipo de "revisión experimental" (K. Young, *op. cit.*, p. 154).

⁴³ S. Liebenberg, "Engaging the paradoxes of the universal...", art. cit., p. 19.

⁴⁴ *Idem*

⁴⁵ Caso *Los residentes de la comunidad Joe Slovo, Western Cape Vs. Thubelisha Homes y otros* (CCT 22/08) [2009] ZAZZ 16; 2009 (9) BCLR 847 (CC); 2010 (3) SA 454 (CC) (10 de junio de 2009).

buena medida parte de los aspectos más interesantes de sus decisiones previas. Joe Slovo es uno de los asentamientos informales más grandes de Sudáfrica (adquirió este nombre en honor a un Ministro de vivienda conocido por su activismo en contra del *apartheid*). Los residentes del área (que durante mucho tiempo se han visto involucrados en la disputa por sus derechos de vivienda) se opusieron a la iniciativa estatal que pretendía desalojar y reubicar a una gran cantidad de personas miembros de la comunidad. Después de una decisión polémica tomada por la Alta Corte de Sudáfrica, la Corte Constitucional tuvo una oportunidad para expresar su opinión sobre el caso. Sorprendentemente, en esta ocasión la Corte no solo se pronunció a favor del desalojo, sino que lo hizo de una forma que socavaba las consideraciones adoptadas previamente en el caso *Olivia Road*, relacionadas con la figura de los "compromisos significativos". Con mayor precisión, la Corte ordenó a las partes en el conflicto involucrarse en un proceso de "compromiso significativo" en torno a diversos aspectos del proceso de desalojo y reubicación. Esta nueva manera de considerar el asunto, parece claro, representó un desafío significativo a lo que la misma Corte había resuelto en el caso *Olivia Road*. De hecho, en ese primer caso, la Corte había alegado que la ausencia de un proceso adecuado de "compromiso significativo" afectaba la fuerza y valor jurídico de la orden de desalojo. En el nuevo caso, en cambio, se invitó a las partes a "comprometerse significativamente" en una conversación acerca de los detalles del desalojo que, en lugar de ser cuestionado, simplemente se tomaba por válido.⁴⁶

Ahora bien, ¿cómo deberíamos evaluar la práctica de los "compromisos significativos" promovida en Sudáfrica? Por un lado, y tomando en cuenta el punto de

⁴⁶ En casos subsiguientes, incluyendo el caso *Abahlali* y *Schubart Park*, la Corte confirmó, por lo menos parcialmente, los principios que había establecido en *Olivia Road*, "particularmente la necesidad del respeto a la dignidad humana de los grupos vulnerables y su consideración como iguales en la resolución de conflictos acerca de los derechos de vivienda" (S. Liebenberg, "Participatory Approaches to Socio-Economic...", art. cit., p. 327). *AbahlaliBasemjondolo Movement SA and Another v Premier of the Province of Kwazulu-Natal and Others* (CCT12/09) [2009] ZACC 31; 2010 (2) BCLR 99 (CC) (14 de octubre de 2009); *Schubart Park Residents' Association and Others v City of Tshwane Metropolitan Municipality and Another* (CCT 23/12) [2012] ZACC 26; 2013 (1) SA 323 (CC); 2013 (1) BCLR 68 (CC) (9 de octubre de 2012).

vista normativo que he desarrollado a lo largo de este trabajo, las iniciativas judiciales que promueven la figura del "compromiso significativo" son enormemente prometedoras. Estas iniciativas representan una excelente oportunidad para expandir la conversación democrática acerca de asuntos constitucionales básicos. Con mayor precisión, podemos decir que proveen a la sociedad civil de una mayor oportunidad para participar en las discusiones acerca de los derechos fundamentales y su interpretación. A través de prácticas como éstas, la judicatura asume, en principio, lo que puede ser considerado un papel apropiado y justificado de acuerdo con sus poderes y los límites de legitimidad que le constriñen: la judicatura promueve y amplía así la discusión colectiva, cambiando su rumbo de una manera particularmente importante al incluir las voces de los más vulnerables.

Por otro lado, los desarrollos iniciales y más bien equivocados que tuvieron lugar en Sudáfrica alrededor del concepto de "compromiso significativo" resultan suficientemente informativos sobre el tipo de problemas que existían entonces. En mi opinión, el paso de *Olivia Road* a *Joe Slovo* sugiere, para empezar, la presencia de varias dificultades institucionales. El hecho es que un sistema judicial de este tipo queda en posibilidad de producir una decisión (como en el caso *Olivia Road*) u otra (como en el caso *Joe Slovo*) sin ningún problema: no hay medios de revisión, sanciones, controles populares o ningún otro tipo de incentivo institucional capaz de prevenir o favorecer la producción de ciertas decisiones. Cuando el sistema institucional no incluye los controles democráticos suficientes y no establece incentivos adecuados, las decisiones judiciales se vuelven demasiado dependientes de la buena voluntad de Jueces particulares en casos singulares. Una situación así no es sana para la democracia ni atractiva desde el punto de vista de la justicia social—particularmente en sociedades como la sudafricana que han quedado profundamente marcadas por la existencia de desigualdades injustificadas—.

En términos más generales, en mi opinión, los sistemas institucionales de este tipo no están bien preparados para hacer lo que nosotros—defensores

de "constitucionalismo dialógico y la justicia social— esperamos de ellos. Con mayor precisión, en el contexto de los sistemas tradicionales de "frenos y contrapesos", pensar que los Jueces serán capaces de actuar disciplinadamente y atarse las manos para decidir de acuerdo a lo que sugieren las mejores teorías jurídicas, no es más que una ilusión. ¿Por qué y en el nombre de qué renunciarían los Jueces a los poderes y libertad enormes que ahora tienen? El camino que siguió la Corte Constitucional de Sudáfrica, desde *Olivia Road* hasta *Joe Slovo* es, en este sentido, un buen ejemplo: una Corte excepcionalmente sofisticada y progresista no encontró problema alguno al ofrecer una solución nueva, desafiante y poderosa en un caso (*Olivia Road*), ni después al socavar esa misma resolución en el caso siguiente (*Joe Slovo*). Al final, el punto es este: un diálogo igualitario y democrático no es compatible con la concesión de amplios poderes discrecionales a ninguna persona, grupo o institución.

4. Conclusión

En este texto he concentrado mi atención en distintas prácticas dialógicas y examinado varios de los problemas que pueden afectarlas y menoscabar su atractivo.

A través de tres ejemplos relevantes de prácticas dialógicas contemporáneas —a saber, aquellas relacionadas con la "cláusula del 'no-obstante'" en Canadá, la figura del "compromiso significativo" en Sudáfrica y las audiencias públicas en Sudamérica— he intentado ilustrar la seriedad de aquellos riesgos y el indeseable impacto que pueden llegar a tener. En pocas palabras, he dicho que, en primer lugar, la práctica jurídica impuesta por la adopción de la "cláusula del 'no-obstante'" difícilmente puede ser considerada una práctica dialógica interesante. Sumado a esto, el hecho de que sólo promueve un intercambio (limitado e imperfecto) entre las diferentes ramas del poder estatal, lo que la hace un movimiento atractivo en la búsqueda por un sistema institucional promotor del diálogo la convierte, en realidad, en una estrategia bastante limitada. En segundo

lugar, he sugerido que la práctica de las audiencias públicas resulta atractiva por diversas razones, particularmente por su potencial para enriquecer los procesos de toma de decisión, al incluir puntos de vista alternativos. La práctica, sin embargo, ha sido menoscabada en varias ocasiones por distintas razones. Una de estas razones, al parecer particularmente importante, es la siguiente: al no existir reglas claras y equitativas para regular las audiencias, todo depende de los poderes discrecionales de aquellos que las organizan. Como resultado, la equidad y el valor de las audiencias públicas depende de manera importante de la buena voluntad de los servidores públicos: si son justos, podemos esperar audiencias justas, si no lo son, entonces no tenemos razón alguna para esperar que se celebren audiencias justas. Finalmente, la figura de los "compromisos significativos" promovida por la Corte Sudafricana es interesante, particularmente por su carácter inclusivo –su potencial para involucrar en la discusión de los asuntos públicos relevantes a "todos aquellos potencialmente afectados"–. Como sea, esta importante promesa parece depender en exceso, nuevamente, de la voluntad de aquellos que poseen el control de los procesos judiciales. Si, como parece ser la regla, las instituciones públicas, como las Cortes Supremas, gozan de discrecionalidad para decir cuándo y cómo celebrar "compromisos significativos", entonces la promesa que ofrece una práctica como ésta queda severamente debilitada.

Los argumentos y ejemplos que he presentado a lo largo de este artículo no deben entenderse como si implicaran una crítica radical al llamado "constitucionalismo dialógico". Por el contrario, creo que nos encontramos ante uno de las novedades más significativas y favorables en el desarrollo del constitucionalismo moderno. No obstante, mi impresión es (aquella que me motivó a escribir este texto) que hay demasiados elementos que caracterizan actualmente a nuestras prácticas que están listos para atentar contra las atractivas promesas del constitucionalismo dialógico. La existencia de desigualdades sociales severas así como –de particular importancia para los propósitos de este trabajo– la prevalencia de instituciones que no están bien preparadas para promover un

diálogo inclusivo parece conspirar seriamente en contra del potencial contenido en una práctica dialógica igualitaria. Por esta razón, las prácticas dialógicas actuales se han vuelto dependientes de la voluntad de los Jueces. Como dijera James Madison, sabemos que las instituciones no deberían depender de la buena voluntad de nadie ("ángeles"), sino más bien estar preparadas para trabajar apropiadamente incluso si la mayoría de los cargos públicos estuvieran ocupados por demonios. El objetivo debe ser entonces cambiar nuestras intuiciones en línea con estas preocupaciones para así, y de este modo, ponerlas en línea con nuestras más básicas convicciones democráticas.

Bibliografía

BAKKER, Bradley M., "Blogs as Constitutional Dialogue. Rekindling the Dialogic Promise?" *New York University Annual Survey of American Law*, vol. 63, 2008, pp. 215-267.

BATEUP, Christine A., "Expanding the Conversation: American and Canadian Experiences of Constitutional Dialogue in Comparative Perspective", *Temple International and Comparative Law Journal*, primavera, Public Law Research Paper, No. 6-37 2007.

BEDNAR, Jenna, "The Dialogic Theory of Judicial Review. A New Social Science Research Agenda", *The George Washington Law Review*, vol. 6, núm. 78, septiembre 2010.

BENEDETTI, Miguel Ángel y SÁENZ, María Jimena, *Las audiencias públicas de la Corte Suprema*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2016.

CAMERON, Jamie, "Dialogue and Hierarchy in Charter Interpretation. A Comment on R. V. Mills", *Alberta Law Review*, vol. 38, núm. 4, 2001, pp. 1051-1068.

CHENWI, Lilian, "Democratising the Socio-Economic Rights-Enforcement Process", en Alviar García, Helena, Klare Karl y Lucy A. Williams, *Social and Economic Rights in Theory and Practice*, Routledge, Londres, 2015, pp. 178-197.

CORRÊA MARONA, Marjorie y MENDES ROCHA, Marta, "Public Hearings of the Brazilian Supreme Court: enhancing its democratic legitimacy?", Documento de trabajo, IPSA, 2013. [Disponible en: http://paperroom.ipsa.org/papers/paper_16063.pdf].

DOR, Gal, "Constitutional Dialogues in Action. Canadian and Israeli Experiences in Comparative Perspective", *Indiana International & Comparative Law Review*, vol. 11, núm. 1, 2000.

FRIEDMAN, Barry E., "Dialogue and Judicial Review", *The Michigan Law Review Association*, vol. 91, núm. 4, 1993, pp. 577-682, doi: 10.2307/1289700.

_____, *The Will of the People*, Farrar Straus and Giroux, Nueva York, 2009.

_____, "Online Alexander Bickel symposium: Learning about the Supreme Court", *SCOTUSblog* (post de 20 de agosto de 2012, 2:19 pm) visitado 20 de enero de 2014. Disponible en: <http://www.scotusblog.com/2012/08/online-alexander-bickel-symposium-learning-about-the-supreme-court/>

GARGARELLA, Roberto, "Acerca de Barry Friedman y el 'constitucionalismo popular mediado'", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, vol. 30, 2005.

_____, "'We the People' Outside of the Constitution. The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances", *Current Legal Problems*, vol. 67, núm. 1, 2014, pp. 1-47.

GARDBAUM, Stephen, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

GODOY, Miguel Gualano de, *Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. Tesis doctoral de la Universidade Federal do Paraná (UFPR), 2015.

GOLDSWORTHY, Jeffrey, *Parliamentary Sovereignty*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

HABERMAS, Jürgen, *Between Facts and Norms*, traducción de W. Rehg, MIT Press, Cambridge, MA (1992) 1996.

HENNIG LEAL, Mônia C., "Public Hearings in the Ambit of the Brazilian Federal Supreme Court. A New Form of Participation in Public Affairs?" Documento de trabajo, 2015, disponible en: <http://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/ws16/w16-leal.pdf>

HOGG, Peter W. y BUSHELL, Allison A., "The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All)", *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 35, núm. 1, primavera 1997, pp. 75-124. Disponible en: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol35/iss1/2>

HOGG, Peter W., BUSHELL, Allison A. y Wade WRIGHT, "Charter Dialogue Revisited. Or 'Much Ado About Metaphors'", *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 45, núm. 1, primavera 2007, pp. 1-65.

HOLMES, Stephen, "Precommitment and the Paradox of Democracy", en Jon Elster y Rune Slagstad, *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988.

LANGFORD, Malcolm (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

LIEBENBERG, Sandra, "Engaging the paradoxes of the universal and particular in human rights adjudication. The possibilities and pitfalls of 'meaningful engagement'", *African Human Rights Law Journal*, vol. 12, 2012, pp. 1-29.

_____, "Participatory Approaches to Socio-Economic Rights Adjudication: Tentative Lessons from South African Evictions Law", *Nordic Journal of Human Rights*, vol. 32, núm. 4, 2014, pp. 312-330.

_____, "Toward an Equality-promoting Interpretation of Socio-economic Rights in South Africa. Insights from the Egalitarian Liberal Tradition", *South African Law Journal*, vol. 132, part. 2, 2015, pp. 411-437.

MANFREDI, Christopher y Kelly, James B., "Six Degrees of Dialogue. A Response to Hogg and Bushell", *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 37, núm. 3, otoño 1999, pp. 513-527.

NINO, Carlos S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale University Press, New Haven, 1996.

PETTER, Andrew, "Twenty Years of *Charter* Justification. From Liberal Legalism to Dubious Dialogue", *UNB Law Journal*, vol. 52, 2003, p. 187.

PILLAY, Anashri, "Toward Effective Social and Economic rights Adjudication: The Role of Meaningful Engagement", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, núm. 2, 2012, pp. 732-755.

ROACH, Kent, "Constitutional and Common Law Dialogues Between the Supreme Court and Canadian Legislatures", *Canadian Bar Review*, vol. 80, 2001, pp. 481-533.

_____, "Dialogic Judicial Review and its Critics", *Supreme Court Law Review*, vol. 23, 2004, pp. 49-104.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César, "Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America", *Texas Law Review*, vol. 89, núm. 7, 2011, pp. 1669-1698.

ROUX, Theunis, *The Politics of Principle. The First South African Constitutional Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

SANTOS SOMBRA, Thiago, "Supremo Tribunal Federal Representativo? O Impacto das audiências públicas na deliberação", *Revista Direito GV*, vol. 1, núm. 1, 2017, pp. 236-273.

SILVA, Virgilio Alfonso da, "Deciding without Deliberating", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, núm. 3, 2013, pp. 557-584.

SUNSTEIN, Cass R., *The Partial Constitution*, Harvard University press, Cambridge, 1993.

TREMBLAY, Luc B., "The Legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, 2005, pp. 617-648.

TUSHNET, Mark, *Weak Courts, Strong Rights*, Princeton University Press, Princeton, 2008.

_____, "Dialogic Judicial Review", *Arkansas Law Review*, vol. 61, 2009, pp. 205.

_____, "New Institutional Mechanism for Making Constitutional Law", Harvard Public Law, documento de trabajo 15-08, abril 2015. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2589178>

WANG, D. W., "Courts and Health Care Rationing: The Case of the Brazilian Federal Supreme Court," *Health Economics, Policy and Law*, vol. 8, 2013.

YOUNG, Iris M., *Inclusion and Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

YOUNG, Katharine G., *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2012.