

***Por una justicia dialógica. El Poder Judicial
como promotor de la deliberación democrática***
**de Roberto Gargarella (comp.), Buenos Aires,
Siglo XXI Editores, 2014, 354p.**

Juan Luis Hernández Macías*

La tensión entre democracia y constitucionalismo ha sido hartamente discutida por la academia de la ciencia jurídica y política. Los críticos y escépticos de los activos poderes judiciales han desarrollado una vasta, rica y rigurosa literatura respecto del papel que deben desempeñar las judicaturas en sus respectivos contextos democráticos. Sirva de muestra el botón más visible de la polémica: la dificultad contramayoritaria, denominada así por Alexander Bickel¹ y que constituye la más aguda crítica que se le ha imputado al Poder Judicial en aquellas situaciones en las que sus determinaciones han pasado a ser poco populares y se les ha defenestrado, desde la mirada democrática, con el argumento de tomar decisiones en última instancia sin contar con la legitimidad popular del voto. Desde el otro mirador, algunas respuestas se ensayan en el

* Colaborador en la Ponencia del Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena en la SCJN. Egresado de la Universidad de Guanajuato (México). Correo electrónico: jlhernandezmacias@gmail.com.

¹ Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1962.

sentido de que, efectivamente, el papel del Poder Judicial debe ser el de un jugador contramayoritario, un poder de contrapeso que limite los excesos de un Poder Legislativo –dicen– históricamente sobrado que suele arremeter contra los derechos de las minorías. La discusión, para mal, se ha convertido en un juego de buenos contra malos.

El constitucionalismo dialógico, a saber, surge en la academia jurídica canadiense y debe su nombre a Peter Hogg. Precisamente uno de sus textos abre la obra que aquí se reseña. A Canadá se le reconoce como precursora en el diseño de medios de control constitucional, en los que tanto el Poder Judicial como el Legislativo comparten tareas y cooperan por un mejor entendimiento de la Constitución. La cláusula del *notwithstanding* (no obstante) se resume en la facultad que tiene el parlamento para dejar vigente y válida la ley que, *no obstante*, ha sido declarada como inconstitucional por la rama judicial. La cláusula no opera cuando están en juego ciertos derechos fundamentales, pero, aún más importante, la cláusula es sólo temporal, circunstancia que obliga a que la discusión sobre determinada norma jurídica se dé en forma continuada, evitando así que una rama del Estado ostente la denominada última palabra.

Roberto Gargarella ha compilado en este volumen una serie de artículos académicos que propugnan una justicia dialógica. Estos artículos presentan un amplio caleidoscopio sobre un mismo fenómeno: la revisión judicial de la constitucionalidad de la ley y sus credenciales para que una práctica de tal calado subsista en Estados que han asumido un proyecto democrático. Las discrepancias y variantes entre los autores son muchas; empero, me es posible articular un núcleo básico de las ideas, propuestas y objeciones que están aquí a discusión.

Durante siglos se dijo que el sistema de frenos y contrapesos estaba en aptitud de generar discusión y diálogo constitucional entre las ramas del Estado; no obstante, se ha dicho que hay una diferencia sustancial entre la simple suma de argumentos que este *check and balances* ha propiciado en comparación con

un diálogo genuino. Por ejemplo, a partir de la idea de los frenos y contrapesos es difícil que una rama pueda hacer cambiar de opinión a otra. La imposición de decisiones de unas sobre las otras explica mejor lo que sucede en estos sistemas. Para la bibliografía del diálogo constitucional no existe ni es deseable considerar que una rama, en especial la judicial, sea la mejor y más apta intérprete de la Constitución.

Se antoja complicada una lectura del libro que se proponga la eliminación de la revisión judicial de las leyes. La idea que es posible advertir es la que soporta un modelo deliberativo que cambie el argumento de autoridad por argumentos sustanciales y la negociación por la deliberación. Es cierto que en ocasiones las cortes no están (ni deberían estar) en condiciones de imponer su última palabra por encima del consenso democrático, sin embargo, están en posibilidades de poner temas que no existían en la agenda pública. El constitucionalismo dialógico se plantea poderes judiciales no redentores y, por supuesto, está abiertamente en contra de que alguna de las ramas de la división de poderes ostente últimas palabras.² El modelo deliberativo que se propone aduce que es imposible establecer un estándar de origen como guía para determinar si los Jueces –que no han sido elegidos democráticamente– son mejores o peores intérpretes de la Constitución que el parlamento. Lo que se propone más bien es un estándar de legitimidad *ex post*, o lo que es lo mismo, dejar atrás un modelo en el que calificásemos a ambas ramas del gobierno de manera abstracta y *a priori* y comenzar a evaluar resultados en forma contextual y comparativa. De esta manera, asumimos que la legitimidad es una propiedad volátil que no depende de un estándar de origen sino de los resultados que ofrezcan sobre la marcha.

² En uno de los textos de este volumen se critica la hegemonía que la discusión de la última palabra ha detentado en las discusiones sobre la democracia y el constitucionalismo, de tal suerte que se ha sobredimensionado y distraído la atención sobre un tema que no es determinante para calificar de democrático a un sistema de *judicial review* (p. 161).

Las distancias entre los países que han desarrollado académicamente estas ideas y América Latina son considerables, los presupuestos para desarrollar una crítica certera en contra de la revisión judicial fuerte no son fácil de alcanzar y no deben ser ni soslayados ni menospreciados al momento de incorporar argumentos a favor o en contra de la supremacía judicial.³ Por ello, la incorporación de voces y experiencias latinoamericanas se torna una cuestión necesaria para dar cuerpo a estas discusiones que descontextualizadas pueden perder de vista el objetivo. Hacia el final del libro se proponen algunas ideas que son familiares en nuestro subcontinente, cuestiones como la movilización por el litigio estratégico o la incorporación de audiencias públicas o *amicus curiae* en los procesos judiciales latinoamericanos –máxime en cortes supremas– son experiencias que necesitan discutirse y permeare nuestros sistemas judiciales. Para los autores que participan en este libro, éstas son vías transitables hacia el diálogo entre las cortes elitistas y la ciudadanía.⁴

El volumen en comento tiene la virtud de no ser una simple aglutinación de textos clásicos que se han traducido y compilado junto con otros que podrían compartir una temática en común; la cohesión y secuencia logradas entre ellos son virtudes en los trabajos de planeación de esta obra.

³ Véase, por ejemplo, el trabajo de Waldron en el que enumera los presupuestos para la viabilidad de su argumento en contra de la revisión judicial. Reduciendo al mínimo los argumentos son: 1) instituciones democráticas en razonable buen funcionamiento; 2) instituciones judiciales integradas por Jueces no elegidos democráticamente y en razonable buen funcionamiento; 3) compromiso de la mayor parte de los miembros de la sociedad hacia la idea de los derechos individuales y de las minorías, y 4) desacuerdo persistente, sustancias y de buena fe sobre esos mismos derechos. Véase Jeremy Waldron, "The Core of the Case against Judicial Review", *The Yale Law Journal*, vol. 115, núm. 6, 2006, pp. 1360-1369. (1346-1406).

⁴ Sobre este tema puede verse especialmente el texto de Gargarella (pp. 120-158) en el que pone de manifiesto la problemática que supone que las voces que pretenden dialogar se encuentren distanciados por un grueso muro de desigualdades estructurales. Por otra parte, en cuanto a la interpretación elitista de la Constitución, véase el texto de Álvarez Ugarte (pp. 321-343), donde afirma que cualquier apelación a la mejor interpretación de los técnicos jurídicos es un argumento elitista y no apto para la deliberación democrática.

Para quienes descubran aquí un tema de reciente incursión, encontrarán en la articulación de este volumen textos básicos de la bibliografía de la justicia dialógica (Peter Hogg, Allison Bushell, Mark Tushnet y Rosalind Dixon), pero también aportaciones de académicos de nuestro subcontinente (Roberto Gargarella, Paola Bergallo, Sebastián Linares, César Rodríguez Garavito, entre otros), todas cuidadosamente seleccionadas y ordenadas. El resultado es una discusión integral de diversas polémicas y diferentes perspectivas de un mismo problema. Para quienes han dicho que éstas son simplemente las ideas aventuradas de unos cuantos, probarlo y rebatirlo se convierte en una labor complicada, sobre todo cuando quienes ponen sobre la mesa la idea de un constitucionalismo que no esté basado en el conflicto entre poderes, brindan elementos suficientes para la autocrítica.

¿Qué puede decirse del constitucionalismo dialógico en México? Al igual que el resto de los países de América Latina, concurrimos a la creación de tribunales constitucionales que paulatinamente se empoderan cada vez más, como producto de una tendencia de reformas constitucionales. La Suprema Corte mexicana ostenta la última palabra institucional y es cierto que ha logrado colocar temas en el discurso público, tal es el caso de las relaciones de género. Pero, ¿es esta Corte un tribunal que propicia el diálogo constitucional o que impone su palabra? A pesar de que se antoja fácil decantarse apresuradamente por la segunda respuesta, habrá que esperar que vengan los estudios que comprueben esta hipótesis.⁵

⁵ Para Niembro Ortega, por ejemplo, la instauración del procedimiento de Declaratoria General de Inconstitucionalidad en la Ley de Amparo de 2013 supone un medio de control constitucional con tintes dialógicos, pues obliga a la Corte a dar aviso en dos ocasiones al parlamento cuando se haya declarado la inconstitucionalidad de su legislación. Esto brinda al parlamento la posibilidad de modificarla antes de que la Corte la expulse del ordenamiento jurídico. Véase: "El paradigma discursivo y el nuevo procedimiento dialógico para la declaratoria general de inconstitucionalidad en el amparo mexicano", *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y sociales*, vol. 15, núm. 2, 2013, pp. 11-56.

La propuesta de un constitucionalismo dialógico requiere una amplia atención y discusión en aras de la auscultación de las instituciones de nuestro gobierno y la promoción de las ideas en contra de una democracia deliberativamente pasiva. La publicación de esta obra rompe un silencio, un silencio en el que los promotores de la supremacía judicial nos sentíamos cómodos.