

PODER JUDICIAL, DEMOCRACIA Y DERECHOS SOCIALES

Por Horacio Javier Etchichury

RESUMEN

Este artículo se concentra en la llamada objeción “democrática”, que cuestiona la legitimidad de las atribuciones judiciales para invalidar decisiones de los otros poderes. Revisa los límites y supuestos de esta postura, para luego presentar razones que justifican la intervención de los tribunales, en un modelo deliberativo de democracia. Finalmente, repasa los aportes de la objeción “democrática”, y a partir de ellos, propone modalidades graduales de actuación para ciertos casos.

PALABRAS CLAVE

Poder judicial. Control de constitucionalidad. Derechos sociales

JUDICIARY, DEMOCRACY AND SOCIAL RIGHTS

By **Horacio Javier Etchichury**

ABSTRACT

This article discusses the “democratic” objection against judicial review. First, it describes some assumptions underlying this objection. After that, arguments are offered to support judicial intervention under a deliberative democracy model. Finally, the article analyzes how the “democratic” objection contributes to improve judicial review. In particular, some models of gradual intervention are described as alternatives for a more democratic version of judicial review.

KEYWORDS

Judiciary – Judicial review – Social rights.

PODER JUDICIAL, DEMOCRACIA Y DERECHOS SOCIALES

Por Horacio Javier Etchichury*

Introducción. La objeción “democrática”.

Desde hace tiempo se discute el legítimo alcance de las atribuciones judiciales. Muchas veces se critica la inacción de los tribunales, o la insuficiencia de sus intervenciones. Se alude entonces a la falta de independencia, a la debilidad frente a las presiones sectoriales o políticas, o bien a la ausencia de un compromiso con la vigencia efectiva de los derechos.

En otros casos, en cambio, se señala el peligro de que los jueces se arroguen facultades demasiado amplias, invadiendo el ámbito que corresponde a otros poderes. Se denuncia el peligro del “gobierno de los jueces”. La magistratura no tiene -en general- un origen electivo; por ello se discute su derecho a anular decisiones de los poderes de origen popular. A veces, la crítica se subraya que jueces y juezas provienen de un solo ámbito profesional (la abogacía), o que pertenecen mayoritariamente a una misma clase social. Ello les impediría tener una perspectiva amplia de las cuestiones que afectan al conjunto.

El problema se plantea a veces como la tensión entre “activismo judicial” y “poderes políticos”. El “activismo”, en realidad, se refiere al ejercicio indebido de atribuciones, la usurpación de facultades. Ahora bien, dentro de sus poderes, es lógico esperar que los tribunales se muestren activos. Si no, podría entenderse que el rol de la judicatura consiste en una mera pasividad, en arbitrar entre las pretensiones de las partes. Tal modalidad subsiste sólo en algunos procedimientos (como en el fuero civil de nuestro país), pero no en la mayoría. El principio de la tutela judicial efectiva, contenido en diversos instrumentos de derechos humanos¹, implica una carga de tareas mayor para la magistratura.

Se discute esta relación especialmente al tratar la exigibilidad judicial de derechos sociales, tales como la alimentación, la vivienda, la educación o la salud. Un sector de la doctrina aconseja dejar la implementación de estos derechos en manos de la legislatura y el ejecutivo (ROSENKRANTZ, 2003). Afirman que los tribunales no tienen legitimidad democrática (CRUZ PARCERO, 2004, 91) para intervenir en el manejo detallado del presupuesto, más aún cuando no existe un acuerdo pleno sobre la interpretación de estos derechos, o sobre cómo ponerlos en vigencia.

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Master of Laws, Yale Law School. Profesor asistente, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC. Investigador Asistente, CONICET. Este trabajo se elaboró a partir de una ponencia presentada ante el Congreso Internacional de Teoría Constitucional, realizado en Córdoba el 11 y 12 de agosto de 2011. La ponencia obtuvo una mención especial del Comité Evaluador y fue seleccionada para su presentación en el Congreso.

¹Por ejemplo, en el art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Podemos denominar "objección democrática" a este planteo². A veces, se presenta bajo la forma de una defensa del principio de división de poderes (DE WET, 1996, 40-42). En esta formulación, se alega que los jueces invaden la esfera del legislativo al invalidar leyes o al manipular fondos públicos, materias que –en general– están a cargo de los parlamentos. Otras veces, la objeción se formula como una defensa de la actividad genuinamente "política", por oposición a una supuesta "juridización" de las disputas sociales. Fernando Atria parece seguir este planteo. Este autor rechaza la consagración de derechos sociales subjetivos, alegando que esto lleva el conflicto político "desde las calles o parlamentos hacia las cortes"; el derecho se convierte, indebidamente, en el instrumento de la acción política. Los tribunales resuelven cuestiones que, según Atria, "antes estábamos acostumbrados a creer que debían ser decididas por asambleas representativas" (ATRIA, 2004, 34-35).

En el presente trabajo, (1) revisamos los límites y supuestos de esta objeción. Luego (2) presentamos razones que justifican la intervención judicial incluso en derechos sociales, en el marco de un modelo deliberativo de democracia. Finalmente, (3) repasamos los aportes de la objeción "democrática", y a partir de ellos, (4) proponemos modalidades graduales de actuación para ciertos casos.

1. Los límites y supuestos de la "objección democrática".

Intentaremos primero señalar los límites y alcances de esta objeción, para ver hasta qué punto resulta fundada, y en qué medida aconseja que la magistratura no intervenga en materia de derechos sociales. Así podremos matizar lo que parece la derivación lógica de esta objeción, a saber: que los derechos sociales no deben ser judicialmente exigibles.

¿) Usualmente, la objeción "democrática" suele apuntarse contra la facultad judicial de invalidar normas declarándolas violatorias de la Constitución. Sin embargo, la objeción nos lleva mucho más lejos. Sobre la misma base, también resultaría inaceptable que un tribunal simplemente obligue a cumplir normas infraconstitucionales. Podría criticarse como antidemocrático (o contramayoritario) el ejercicio de esa función.

Supongamos que una ley otorga a toda persona portadora del VIH el acceso gratuito a los medicamentos necesarios. El Ministerio de Salud dicta los reglamentos para proveer las drogas, pero luego un hospital no las entrega a un paciente. La persona hace el reclamo administrativo y ante el silencio del Ministerio, exige los medicamentos judicialmente. En general, quienes sostienen la objeción "democrática" no ven aquí un problema. La ley y el reglamento ministerial, ambos de origen democrático y mayoritario, fijan la obligación del hospital. Si un tribunal ordena cumplir, no invade atribuciones de otros poderes.

Pero miremos el caso con más detalle. El hospital no entrega las drogas; el Ministerio no responde al reclamo ni sanciona al establecimiento; el Congreso no enjuicia políticamente al ministro. ¿Estamos ante

² Nino parece suscribir ese razonamiento. En una obra de 1992, manifiesta su preocupación frente a la combinación (que él observa en la constitución brasileña de 1988) entre "una visión expandida de los derechos", típica del

un "incumplimiento"? En realidad, la aparente omisión puede verse como una nueva decisión mayoritaria: la de postergar el momento de proveer medicación gratuita. Las mayorías que deciden llevar adelante una política sanitaria, pueden también recortarla, posponerla, derogarla, incluso tácitamente. ¿Con qué legitimidad democrática, entonces, el juzgado podría exigir a la mayoría cumplir con compromisos, si esa mayoría resolvió desconocerlos, o dejarlos para más adelante?

De modo que la objeción "democrática" no sólo invalida el control judicial de constitucionalidad. También pone en cuestión toda directiva o sanción de los tribunales contra entes dotados de mayor legitimidad democrática relativa. Un tribunal sólo podría actuar sobre individuos o grupos que no tengan validación electoral. En general, quienes sostienen la objeción "democrática" no llegan a plantear esta conclusión. No se comprende por qué limitan su crítica a la revisión constitucional.

En este trabajo, damos razones para justificar la atribución judicial de revisar la constitucionalidad de las normas dictadas por otros poderes, y actuar en consecuencia. Creemos que si esa facultad resulta aceptable, la de ordenar el cumplimiento de normas infraconstitucionales quedará también, *a fortiori*, justificada.

ii) La objeción "democrática" no cuestiona únicamente la exigibilidad judicial de los derechos sociales. Por el contrario: resulta aplicable a los derechos civiles y políticos (SCOTT y MACKLEM, 1992, 27). Si en nuestro país los jueces no pueden invalidar decisiones mayoritarias en materia de provisión de medicamentos contra el SIDA, tampoco se les puede reconocer legitimidad para declarar inconstitucional una ley que imponga la pena de muerte para delitos gravísimos³. La objeción "democrática", entonces, opone una valla al control judicial de constitucionalidad en cualquier área (incluso en cuestiones de la llamada parte "orgánica" de la Constitución). En cada caso podría decirse que se afecta la voluntad de las mayorías. Una vez más, no se comprende por qué esta objeción suele centrarse sólo en los derechos sociales.

iii) La legitimidad democrática de los jueces es menor solamente en términos relativos. El legislativo y el ejecutivo tienen mayor representatividad, pero su voluntad no equivale a la de la mayoría del electorado. No nos referimos a la ocasional deshonestidad de dirigentes particulares, sino a diseños institucionales que ponen en duda la supuesta identidad entre órganos electivos y voluntad popular. Cabe añadir que estos poderes, en todo caso, representan a las personas con derechos políticos; pero esto excluye a extranjeros, convictos, niños y adolescentes, entre otros grupos. Todos ellos tienen derechos, y no pueden hacerlos valer a través del voto (ELÍAS, 2011, 297).

Las mayorías legislativas, en cualquier caso, no siempre reflejan las preferencias políticas ciudadanas. Los porcentajes no se traducen mecánicamente en escaños. Esto ocurre, obviamente, en

constitucionalismo social europeo, con el sistema estadounidense de control de constitucionalidad, que "transfiere un enorme conjunto de facultades al Poder Judicial" (NINO, 1992, 6-7).

sistemas uninominales⁴ y de listas completas o incompletas⁵. También los sistemas proporcionales excluyen -a través de los mínimos exigidos- a ciertas minorías, beneficiando a partidos con mayor peso⁶. Las cámaras suelen renovarse parcialmente; en ellas coexisten expresiones electorales de distintos momentos⁷. En el Senado argentino, la igualdad de representación de las provincias genera mayorías que no siempre reflejan las posturas políticas de la ciudadanía. Un partido puede ser mayoritario en el Senado y minoritario en el electorado nacional⁸.

Tampoco el poder ejecutivo representa necesariamente una mayoría de votantes. La elección indirecta, a través de un colegio electoral, permite a quien obtuvo menos votos populares quedarse con la presidencia⁹. Una elección directa, por su parte, simplemente asegura que la fórmula vencedora haya obtenido la mayor cantidad de votos afirmativos válidamente emitidos, y no siempre una mayoría electoral; basta con la primera minoría. A su turno, los sistemas de doble vuelta apuntan a generar una base mayoritaria para la persona electa. Sin embargo, no se computan los votos en blanco o nulos. Aun si la abstención espontánea o concertada representa la mayoría real del electorado, la doble vuelta dirime la presidencia entre dos fórmulas y consagra a una como "mayoritaria"¹⁰. Este repaso sintético permite matizar la habitual contraposición entre un poder judicial "minoritario" y legislaturas o ejecutivos "mayoritarios"¹¹.

Debe señalarse que el aislamiento electoral de los jueces no es absoluto. En general, casi todos los sistemas cuentan con vías de control político democrático sobre el Poder Judicial, tales como el juicio político. En último caso, el ejercicio del poder constituyente brinda una salida frente a un hipotético aislamiento absoluto o "autismo político" de los jueces en su rol de control de constitucionalidad.

iv) Contra lo que suele darse por supuesto, la intervención judicial sobre derechos sociales (u otro derecho cualquiera) no pone fin a la disputa en el terreno político. La legislatura y la administración pueden, ejerciendo sus competencias, dar respuesta a las cuestiones planteadas, mientras la judicatura lleva

³Una norma en tal sentido sería inconstitucional por violar el art. 4.2 de la CADH, dotada de jerarquía constitucional. Periódicamente, en nuestro país se propone incorporar esta pena al elenco del art. 5 del Código Penal.

⁴Los distritos pueden estar delimitados para dividir ciertas áreas donde predomina un partido; así, una agrupación puede triunfar por separado en cada circunscripción sin tener una mayoría en el conjunto (SARTORI, 1994, 35-36).

⁵ En el sistema argentino de lista incompleta (o ley "Sáenz Peña" de 1912), a un partido le bastaba obtener la primera minoría en votos afirmativos y válidos (por ejemplo, un 35%) para quedarse con el 66,66% de las bancas.

⁶En el régimen proporcional argentino, el piso es de 3% del padrón (no de los votos emitidos) en las elecciones para diputados nacionales (ley 19.945, art. 160).

⁷La cámara de Diputados argentina se renueva por mitades cada dos años y el Senado, por tercios al mismo ritmo (CN, 50 y 56). La cámara baja expresa los resultados de dos elecciones, y el Senado, los de tres. Pueden encontrarse preferencias políticas de hasta cuatro (en Diputados) o seis (en Senadores) años atrás. La cámara alta, además, no renueva la representación de todas las provincias a la vez. En un momento dado, algunas provincias aparecen con su voluntad política reciente, mientras otras muestran las posturas de cinco o más años atrás.

⁸ Esto no varía incluso si la elección es directa, o si se garantiza la representación de la segunda fuerza más votada, como en el caso argentino (CN, 54).

⁹Así ocurrió, por ejemplo, en las elecciones estadounidenses de 1876, 1888 y 2000.

¹⁰ La representatividad puede ser aun menor si la fórmula más votada desiste de presentarse, como ocurrió en Argentina en 2003. La segunda queda consagrada con un porcentaje sensiblemente menor al mayoritario.

¹¹La objeción se debilita mucho más cuando la magistratura sí tiene origen electivo, como ocurre en varios estados norteamericanos (TUNC, 1971, 67-68).

adelante su tarea. El control judicial no excluye el control político (en el marco de las instituciones) y el control social (llevado a cabo desde la sociedad civil, a través del ejercicio de los derechos de petionar, de asociarse y de protestar, entre otros) (ARAGÓN, 1995, 201).

La exigibilidad judicial no significa que todo conflicto sobre derechos vaya a resolverse siempre ante los tribunales: sólo existe como posibilidad. Muchos desacuerdos se tratarán políticamente ante los otros poderes, o en la sociedad civil.

v) Al subrayar la mayor legitimidad de las ramas electivas, parece darse por sentado que ellas protegen mejor los derechos sociales (o cualquier otro derecho). Sin embargo, las mayorías legislativas o ejecutivas pueden violentar derechos de individuos, de minorías, y también de grupos mayoritarios (o de la totalidad de la población). A modo de ejemplo, puede mencionarse el recorte de salarios y jubilaciones aprobado por el parlamento argentino¹² en 2001. Se trata de una decisión emitida por el parlamento, con apoyo mayoritario, pero de un contenido claramente regresivo que afectó a sectores amplios de la sociedad.

Cabe preguntarse entonces si el proceso político ofrece garantías adecuadas para los derechos. El principio mayoritario debería arrojar resultados diferentes a los que presenciamos en muchas democracias. Según Loffredo, considerando el peso numérico de los pobres, la intensidad de su interés en aliviar su situación, y el bajo costo de paliar las condiciones más extremas, cabría esperar políticas sociales mucho más amplias y generosas, si el proceso político funcionara bien; esto es, si fuera receptivo a las demandas de los sectores más castigados socialmente (LOFFREDO, 1993, 1322). Esto nos lleva a pensar que deben existir ciertos problemas en el marco democrático y en el autogobierno de la comunidad. Ello explicaría que la sociedad argentina, por ejemplo, organizada según el principio mayoritario, permita que grupos muy numerosos de personas vivan bajo la línea de pobreza o afectados por enfermedades evitables. ¿Qué impide a estas vastas capas sociales imponer la agenda necesaria para asegurar su supervivencia? Tienen derecho al sufragio y en gran parte viven en las ciudades. ¿Por qué el sistema democrático no parece recibir sus reclamos? Más allá de las diferencias interpretativas que podamos tener en materia de derechos sociales, parece claro que muchísimos habitantes del país viven sin poder ejercer tales derechos. La única respuesta parece ser atribuir a estos sectores falta de interés en su alimentación, salud o vivienda. Obviamente, esta idea nos parece insatisfactoria: contradice intuiciones muy básicas sobre lo que los seres humanos suelen querer. Volveremos sobre esta aparente ineficacia del sistema político.

2. La intervención judicial: su legitimidad en el marco de una democracia deliberativa.

Frente a la objeción “democrática”, existe una primera respuesta usual. Consiste en señalar que el control de constitucionalidad no violenta una voluntad mayoritaria (la del parlamento, por ejemplo), sino

¹²A través de la ley 24.453 (llamada “ley de déficit cero”). El art. 10 de esta norma permitía recortar la remuneración de trabajadores activos y jubilados en todo el sector público nacional hasta el porcentaje necesario para evitar el déficit fiscal. La primera reducción fue del 13%.

que pone en vigencia la voluntad mayoritaria del poder constituyente. Por supuesto, esta postura omite considerar las condiciones concretas en que se sancionó la constitución, que muchas veces dista enormemente de una situación de democracia (GARGARELLA, 2008, 26). En todo caso, se da por cierta esta legitimidad de origen. La magistratura, entonces, simplemente estaría devolviendo a su sitio a la verdadera mayoría, y descartando una expresión errada de una mayoría circunstancial o contingente. Aproximadamente así se justifica, desde *Marbury*¹³ en adelante, el ejercicio del control judicial de constitucionalidad.

Gargarella señala que el argumento podría sostenerse mejor si la constitución presentara un sentido unívoco (GARGARELLA, 2008, 154). Sin embargo, las divergencias interpretativas vuelven problemático el uso de la ley suprema como criterio de demarcación entre expresiones legítimas e ilegítimas de las mayorías. En la zona gris o difusa de interpretación, vuelve a asomar la pregunta: ¿por qué serían los jueces los encargados de resolver la interpretación? Debemos entonces intentar conciliar la noción de democracia con la de control de constitucionalidad (y con la de constitucionalismo en general).

Un modelo deliberativo de democracia

La relación entre derechos y mayorías resulta más armónica en una democracia basada en la deliberación¹⁴. Allí las decisiones reciben su legitimidad por surgir de un proceso que permite la presentación y discusión de informaciones y razones. Toda persona que pueda tener un interés en la decisión debería poder participar de ese diálogo, donde se revisa abiertamente todo argumento (HABERMAS, 1994, 172-173).

Este procedimiento deliberativo se encarna en instituciones jurídicas (HABERMAS, 1994, 497) que dan curso a la voluntad política generada en el plano de la sociedad civil. En el marco de sociedades complejas, con constelaciones de valores muy diversos, el derecho ofrece el marco adecuado, que contribuye a suplir la falta de una fuerte tradición común que una sin fisuras a todos los integrantes de una comunidad. De esta forma, hace posible el autogobierno de esa sociedad.

Al seguir ese proceso, se presume que el resultado será racional al crear y aplicar derecho. Esta expectativa de legitimidad de la decisión legislativa permite el uso de la coerción (HABERMAS, 1994, 95). Dicho de otra forma: se justifica aplicar la fuerza para cumplir una norma cuando ésta se creó a través de un procedimiento que –en general– produce decisiones legítimas. Esa (presunta) legitimidad vuelve aceptable las medidas coactivas contra quienes violan la norma en cuestión.

En este modelo las personas necesitan reconocerse mutuamente un sistema de derechos para actuar como destinatarias y como autoras, a la vez, de las leyes (HABERMAS, 1994, 188); en otras palabras, para poder ejercer el autogobierno. La vigencia del principio de mayoría se complementa con la necesidad de proteger un conjunto de derechos. Ahora revisamos, a la luz de este modelo, la tensión entre la actuación judicial y la de los poderes políticos mayoritarios.

¹³*Marbury v. Madison*, 5 US 137 (1803). Hay publicada una versión en castellano (MILLER *et al.*, 1987, 5-14).

La difícil separación entre decisiones y derechos

Comenzamos por señalar que la objeción “democrática” parte de una premisa muy discutible: la distinción entre la toma de decisiones y la vigencia de los derechos. Luego de aislar ambas cuestiones, claramente da preeminencia al acto de decidir (por mayoría); el contenido de los derechos queda subordinado a la resolución mayoritaria. La legitimidad de una decisión depende, primariamente, de su carácter mayoritario, y no de la vigencia de los derechos existente al momento de su adopción.

Veamos un ejemplo. Supongamos que alguien afirma que una norma aprobada sobre atención médica viola el derecho constitucional a la salud. Quienes sostienen la objeción “democrática” responden que eso no es posible: el derecho a la salud está definido por esa misma ley (si fue aprobada correctamente por la mayoría debida). No puede haber otra interpretación. La mayoría (parlamentaria, en este caso) marca el alcance de los derechos. Contra esa determinación, los jueces no tienen legitimidad para intervenir, revisando o deshaciendo la voluntad mayoritaria. En otras palabras, la objeción “democrática” sostiene que puede existir legitimidad aunque los derechos no estén garantizados. Si se alegan violaciones de derechos, el mismo órgano decisor determina si ellas existieron.

La objeción “democrática” adopta entonces un concepto meramente cuantitativo de mayoría¹⁵. El criterio último de legitimidad se halla en el número de votos reunidos en una instancia determinada. Si bien esta noción llena algunas expectativas sobre la democracia, a la vez contradice algunas intuiciones sensatas. En efecto: siguiendo este criterio cuantitativo, el plebiscito que confirmó al dictador chileno Augusto Pinochet en 1980 debería ser respetado como un acto democrático. Sin embargo, algo en la objeción “democrática” no encaja si nos lleva a semejante conclusión (GARGARELLA, 2008, 36).

Para comprender esta insuficiencia del criterio cuantitativo, debemos revisarlo desde el modelo deliberativo de democracia. Como vimos, la legitimidad en ese marco exige que el derecho surja de un procedimiento específico. En él se institucionalizan los elementos necesarios para alcanzar acuerdos racionalmente fundados. Para poder ser autores y destinatarios de las leyes, los sujetos requieren el respeto de un sistema de derechos, los cuales constituyen su autonomía pública y privada. Sólo es legítimo el derecho surgido de un procedimiento donde tales derechos se reconozcan de modo igualitario para todas las personas. No todas las decisiones mayoritarias merecen el mismo respeto, señala Gargarella; la mayor validez se asocia a las que resultan la expresión más directa de la voluntad ciudadana, pero se necesita que haya información y “mutua clarificación” en la discusión sobre las cuestiones en juego; de ese modo los problemas colectivos se discuten colectivamente, como vía para alcanzar la mayor imparcialidad posible. La discusión debe incluir a todos los “*potencialmente afectados*” por la decisión (GARGARELLA, 2008, 35-39). La democracia no aparece entonces como un proceso de “agregación” de preferencias, sino de

¹⁴En este trabajo seguimos el modelo ofrecido por Jürgen Habermas (HABERMAS, 1994; HABERMAS, 1996).

¹⁵Sin embargo, ya hemos mostrado que muchos órganos electivos no cumplen necesariamente con esa condición de mayoría numérica.

“transformación” de ellas. Esta discusión colectiva respeta el principio de igualdad, ya que a nadie se reconoce una mejor posición que le autorice a decidir sobre los demás.

En el marco de la democracia deliberativa, la toma de decisiones no puede prescindir de los derechos. No pueden escindirse estos dos aspectos de la democracia. La separación resulta artificial. Si no tienen vigencia los derechos, el autogobierno tiene bases espurias y se apoya finalmente en la mera coerción. Lo mismo ocurre a la inversa: si no se pone en vigor la voluntad de la ciudadanía, la autonomía pública y privada garantizada por esos derechos no se está ejerciendo realmente. Dicho de otro modo: no hay democracia si no hay procedimientos que privilegien la voluntad mayoritaria; pero no hay deliberación si no se asegura la autonomía de los participantes mediante el respeto de sus derechos. Sin decisiones mayoritarias o sin vigencia de derechos, no hay democracia deliberativa. De esta forma empezamos a comprender la aparente ineficacia del sistema político para generar soluciones a favor de los sectores empobrecidos. Pese a que constituyen grupos numerosos y a que tienen derechos políticos iguales, de hecho su posibilidad de ejercer autonomía política e incidir en la creación de derecho no es igualitaria. Para que lo fuera, otros derechos (además del sufragio o la libertad de expresión) deberían también garantizarse; se requiere la vigencia del conjunto del “sistema de derechos” descrito por Habermas como núcleo de la democracia deliberativa¹⁶. Este conjunto incluye los derechos sociales, o -en palabras de Habermas- los derechos “a que se garanticen condiciones de vida que vengán social, técnica y ecológicamente aseguradas”, según sea necesario, “para un disfrute en términos de igualdad de oportunidades” de los derechos civiles (HABERMAS, 1994, 191).

Este vínculo entre la legitimidad y los derechos aparece, de otra forma, en un argumento presentado por Tushnet. Este autor considera que la legislatura no puede resolver las cuestiones relativas a su propia legitimidad. Esa legitimidad queda afectada si el Legislativo ha sido elegido en un marco donde grandes porciones de la población no gozan de derechos necesarios para la participación política significativa (incluyendo, por ejemplo, alimentación, educación, vivienda). En ese marco, señala Tushnet, nos encontramos “en una casa de espejos conceptual” (TUSHNET, 2008, 191). Los jueces no pueden

¹⁶También cabe recordar un elemento destacado por Dworkin, a fin de comprender mejor por qué no suele plantearse en los órganos representativos el mejoramiento integral de las condiciones de vida de amplias mayorías. Al analizar cómo se justifican las decisiones colectivas, Dworkin repasa el argumento utilitarista, según el cual el número de personas que prefieran algo y la intensidad de esas preferencias constituyen la base de una decisión aceptable. Con acierto, Dworkin marca que las preferencias no pueden simplemente sumarse. Señala que, en muchos casos, ellas se basan no en lo que alguien quiere para sí, sino para otros. El prejuicio puede tener allí una gran incidencia al formar las preferencias. Dworkin sostiene que las preferencias basadas en prejuicios no son aceptables, porque violan el derecho a ser tratado como un igual de aquellos a quienes perjudica. Tomando un ejemplo estadounidense, este autor afirma que por más que una comunidad blanca tenga intensas preferencias por la segregación racial, éstas se fundan en prejuicios y ello las vuelve violatorias del derecho de la población negra a ser tratada como igual. Por ello, no deberían tomarse en cuenta al momento de valorar la voluntad común (DWORKIN, 1977, 342-345). No resulta difícil aplicar estas nociones al caso de quienes ven violados sus derechos sociales en Argentina. Cabe pensar que, más allá de sus padecimientos materiales, sufren un prejuicio en su contra de alguna parte de quienes -al igual que ellos- tienen derecho a votar y a ser votados. Aquí resulta de interés señalar, precisamente, que la deliberación ofrece el marco adecuado para someter dichos prejuicios a la crítica pública. Quienes sostengan, por ejemplo, que quienes no tienen acceso a la salud o a la educación no la merecen, o que no es posible cumplir esos derechos, deberán ofrecer los argumentos racionales que apoyen esa idea. Una vez expuesto y criticado, el prejuicio pierde su capacidad de actuar desde las sombras; véase Habermas, 1967: 255.

resolver la cuestión, porque el principio democrático los obliga a seguir el criterio del legislativo, representante de las mayorías; pero la legitimidad de la legislatura depende de resolver previamente estas cuestiones planteadas (la violación de preceptos constitucionales, la falta de derechos de un sector del electorado).

Esa "casa de espejos" vuelve a mostrar la unidad entre ambos aspectos (procedimiento mayoritario y vigencia de derechos). La paradoja aparente deriva de dividir la democracia en dos aspectos y luego intentar determinar cuál es más importante. Cada vez que se privilegia uno, el otro aparece como su requisito y finalidad, y viceversa.

La decisión legítima en este modelo de democracia presupone una deliberación significativa, al menos como posibilidad abierta, donde no sólo se haya respetado el procedimiento sino también hayan podido participar todos (GARGARELLA, 2008, 147-148). Para que ello sea posible, los sujetos deben contar con los derechos que les permitan intervenir (aunque decidan no participar en tal o cual instancia concreta), y el goce de tales derechos debe ser igualitario (GARGARELLA, 2008, 167). De otro modo, no se logra una deliberación y acuerdo entre iguales. Esa igualdad deriva de la facultad humana (igualmente distribuida) de comunicarse y aceptar o rechazar racionalmente las propuestas de sus interlocutores. No se trata, entonces, de desechar el principio mayoritario a partir de una concepción elitista de la democracia, donde sólo algunos grupos o personas tengan la posibilidad de definir la "verdadera" voluntad pública.

Jueces, mayorías y "última palabra"

Replanteada así la cuestión de la legitimidad democrática, podemos ver bajo otra luz la actuación de los tribunales. A través de la exigibilidad judicial, la magistratura no deshace ni revierte la voluntad "mayoritaria". Por el contrario: se dirige a restablecer (en la medida de lo posible) las condiciones para que haya una mayoría legítima, una toma de decisiones democrática.

La intervención judicial se justifica, además, porque aporta a la deliberación un punto de vista diferente del generado dentro del órgano autor de la decisión (la legislatura, por ejemplo). Actúa entonces como una revisora externa, y brinda una nueva visión sobre la norma analizada. En efecto: la discusión dada en los cauces institucionales de un parlamento, o de una reunión de gabinete ejecutivo, puede necesitar una ampliación a partir de los argumentos esgrimidos en el marco judicial por grupos afectados.

Por otra parte, el enfoque judicial sobre una norma se forma dentro de las pautas de una disciplina (el Derecho) y en el marco de un proceso especial (el judicial), ambos distintos del vigente en el poder cuyos actos se cuestionan. Esta diferencia cualitativa en la manera de generar argumentos enriquece la deliberación en torno a los derechos presuntamente afectados.

Cabe aquí una importante aclaración. La intervención judicial en este planteo deliberativo no constituye la "última palabra" en materia de derechos. Por ello conviene retomar la distinción de Gargarella entre "revisión judicial" y "supremacía judicial" (GARGARELLA, 2007, 140)¹⁷. La primera, en

¹⁷ La "supremacía", para Gargarella, resulta objetable sobre la base del principio de igualdad, fundamento del respeto a la voluntad mayoritaria democrática.

nuestra opinión, refleja la tarea que estamos reconociendo aquí a la magistratura. La segunda, en cambio, significa que la decisión de un tribunal pone fin al debate y define qué dice una constitución.

La interpretación –como tarea– no se detiene en una resolución judicial. Por el contrario: se trata de una elaboración permanente y colectiva¹⁸, en la que pueden definirse hitos o puntos, pero nunca la estación final. Así, la sentencia de una Corte Suprema no cierra la tarea interpretativa a través de la deliberación. La decisión se incorpora al debate, ofrece nuevos argumentos y material para la hermenéutica conjunta de las normas. Pasa a formar parte de lo que puede denominarse el “diálogo social” sobre derechos (o sobre el derecho). Bajo esta denominación incluimos todo el material que circula por la esfera pública, cualquiera sea su origen. Constituye la base de donde parte (y por la que es posible) cualquier trabajo hermenéutico sobre un derecho (o sobre cualquier cláusula constitucional, en realidad). Allí se incluyen la jurisprudencia, las elaboraciones de la doctrina, las intervenciones de los legisladores y constituyentes en los debates correspondientes, los aportes de otros actores sociales y políticos (aunque no se hagan siguiendo las reglas de la argumentación jurídica; en estos casos, tienen un valor heurístico, en lo que puedan incorporarse a la tarea disciplinaria).

Para la interpretación y definición de los derechos, la “última palabra”, si es que puede hallarse, siempre estará en la población (GARGARELLA, 2008, 145-146), esto es, en la sociedad civil. Allí surgen las demandas, las experiencias y las ideas que alimentan las acciones sociales y políticas, individuales y colectivas, espontáneas y organizadas. Ellas buscan su camino hacia las instituciones. Sostiene Habermas que la adecuación entre la igualdad fáctica y la igualdad jurídica “sólo puede ser determinada *en última instancia* por los ciudadanos mismos”, en ejercicio de la autonomía pública (HABERMAS, 1994, 497). La ciudadanía definirá en cada caso qué presupuestos de hecho se requieren para la igualdad jurídica (HABERMAS, 1994, 501). Ello exige que “todos los afectados reciban la efectiva oportunidad de elevar su voz para reclamar sus propios derechos desde sus experiencias concretas de integridad vulnerada, de permanente situación de desventaja social, de opresión”. Esta discusión pública no puede delegarse en los jueces, pero tampoco “en el legislador político”, ni sólo en una “cultura de expertos” (HABERMAS, 1994, 511, 526). El poder judicial, la legislatura y el ejecutivo pertenecen a la esfera institucional. La última palabra no puede residir en ninguno de sus elementos.

3. El aporte de la objeción “democrática”.

Hemos visto los supuestos y el alcance de esta objeción. Ahora podemos señalar algunas derivaciones que pueden contribuir a mejorar la intervención de la magistratura en materia de derechos (sociales, o cualquier otro).

j) La objeción “democrática” recuerda a la magistratura su carácter no-mayoritario (o contramayoritario). El poder judicial puede poner así su propia legitimidad en la dimensión apropiada.

¹⁸ Nos basamos aquí en el concepto de hermenéutica propuesto por Gadamer (GADAMER, 1967, 230-232; GADAMER, 1971, 247; FERRATER MORA, 1994, 1423).

Comprende que no posee un mandato representativo, que la ciudadanía no ha validado su nominación, que su rendición de cuentas es menos inmediata que la de la legislatura o el ejecutivo. En otras palabras: puede entender que en un régimen democrático su papel no es guiar a la comunidad, sino asegurar dos aspectos cruciales de la democracia: la vigencia de derechos y la observancia del procedimiento (que, en general, suele ser mayoritario). Su actuación debe estar dirigida a ese objetivo, no al de reemplazar a las otras ramas del gobierno. El papel de la judicatura, en síntesis, es preservar la democracia en la modalidad adoptada en su comunidad, y a la vez garantizar la autonomía pública y privada de las personas. La protección y fomento de la deliberación (con todas las condiciones) se halla en el centro de la tarea judicial.

A la vez, la objeción "democrática" no puede servir como excusa para que la judicatura no cumpla con esta labor. Cierta lectura de esta objeción da lugar a que la garantía de derechos y procedimientos quede incumplida, en virtud de un supuesto respeto por las mayorías. Una mejor comprensión de la objeción "democrática" permite rechazar el abstencionismo judicial en materia de derechos y procedimientos.

ii) La magistratura no puede tener la "última palabra". Más allá de las razones que ya hemos indicado, el carácter no-mayoritario de los jueces añade un argumento más para no reconocer (o atribuir) a este poder la decisión final.

iii) Por esa menor legitimidad relativa, los tribunales deben atenerse, en todo lo posible, a los criterios y pautas del derecho como disciplina y a la lógica central del procedimiento judicial. Manteniendo la apertura hacia otras ciencias y conocimientos, la legitimidad de los magistrados en la deliberación se basa en que aporten argumentos y conclusiones elaborados a partir de estas pautas específicas. Allí podrán incorporar a la deliberación elementos genuinamente novedosos. No resultarían admisibles, por ello, decisiones ancladas en nociones extrañas al derecho o diseñadas en contradicción con las reglas de esta disciplina.

iv) La judicatura no puede resolver aisladamente. No basta el uso del derecho como disciplina. No reside allí la clave definitiva. Para alcanzar una mejor comprensión y una decisión mejor fundada, el tribunal debe asegurar los mecanismos para oír y conocer las razones que confrontan en torno a la cuestión. La deliberación como principio tiene lugar también en el proceso judicial. En particular, entendemos que el tribunal debe fomentar la participación de quienes usualmente no logran articular sus posiciones en la esfera pública. De esta forma se aportan puntos de vista que no se integran a menudo en la discusión. Por otra parte, se garantizan las libertades públicas (como parte del sistema de derechos) de esas personas o esos sectores. En particular, Gargarella propone "mecanismos institucionales exclusivamente dedicados a recoger, cuando sea necesario, la opinión de los sectores minoritarios

afectados”, en el ámbito judicial (GARGARELLA 1996, 264). Más abajo volvemos sobre esto, al tratar nuevas modalidades de actuación judicial.

») El grado de legitimidad democrática de la judicatura sugiere pautas generales para su desempeño. Hasta aquí vemos que se debe privilegiar la garantía de los derechos y del procedimiento, que ello debe hacerse siguiendo las pautas de la disciplina, y que la deliberación se presenta como el modo de alcanzar una comprensión más profunda y fundada. Entonces, el poder judicial debe estar dispuesto, en ciertos casos, a adoptar enfoques graduales y progresivos, para dar lugar a la deliberación y fomentarla. Debe incluir la posibilidad de contar con el aporte, la colaboración o incluso la decisión de los órganos políticos¹⁹.

4. Nuevas alternativas de actuación judicial en derechos sociales

A la luz de los aportes de la objeción “democrática”, podemos ampliar la gama de acciones judiciales posibles. La judicatura debe agregar opciones a las medidas ya conocidas, tales como la declaración de inconstitucionalidad y las órdenes de hacer o no hacer. Las distintas posibilidades pueden ubicarse en un continuo que se extiende desde la inacción completa hasta las alternativas de mayor incidencia. Vale la pena llamar la atención sobre estas modalidades de actuación, ya que existen pocos incentivos institucionales, afirma Gargarella, para que los jueces actúen de formas alternativas (GARGARELLA, 2007, 143).

Dificultades y desacuerdos

Frente a la alegada violación de un derecho, el demandado (el Estado, por ejemplo) puede demostrar que existen problemas serios que impiden, justificadamente, cumplir con un derecho, o bien que existe un desacuerdo razonable en torno al sentido o extensión de tal derecho. Frente a tales dificultades o desacuerdos serios, la magistratura debería echar mano de otros mecanismos antes de dictar la inconstitucionalidad. También podría declarar la inconstitucionalidad, pero habilitando al mismo tiempo otras instancias que definan las medidas para remediar la situación.

El desacuerdo que mencionamos, sin embargo, no equivale a discrepancias ideológicas con el proyecto general o el contenido de la Constitución. En otras palabras, no nos referimos a casos en los que el disenso se funda en el rechazo -por ejemplo- del liberalismo político, el constitucionalismo social, o la intervención del Estado en la economía. Tales argumentos tienen relevancia en una convención constituyente, pero no ante tribunales que deben operar bajo una Constitución ya adoptada.

Aquí nos referimos al desacuerdo (fundado o “fundable”) en torno al alcance de un derecho, o a su contenido concreto en las circunstancias actuales, o –en general– a las múltiples cuestiones interpretativas posibles. Los disensos en esos aspectos, que se manifiestan profusamente en el “diálogo

¹⁹No se trata, por supuesto, de volver representativo al poder judicial. Esto puede existir como posibilidad, aunque demandaría, en muchos sistemas (como el de nuestro país), una reforma constitucional.

social” sobre los derechos, también deben tener un lugar en el proceso judicial. La menor legitimidad democrática relativa de los tribunales les obliga a dar cabida a esos argumentos, a través de vías procesales específicas. Como ya señalamos, no pueden resolver estos desacuerdos genuinos en soledad y sin deliberación abierta, si se aspira a un ejercicio democrático de la función judicial.

Del mismo modo, no constituyen genuinas “dificultades” la simple falta de voluntad de cumplimiento respecto de ciertos derechos, o el otorgamiento de prioridad a otras actividades del gobierno. Las dificultades razonables son las que –fundadamente, con el aporte de las ciencias y la discusión de estas contribuciones – llevan a reconocer la imposibilidad (técnica, no política) de revertir inmediatamente una situación en la que se violan ciertos derechos. Otra dificultad puede aparecer cuando las medidas a tomar a favor de un derecho pueden perjudicar a otros de igual jerarquía o a otras personas, más allá del caso concreto. En general, estas dificultades se asocian a la dimensión o extensión de esa afectación de derechos. Cuanto mayor sea el alcance de la población perjudicada, es más probable que surjan dificultades. Frente a ellas, se deben buscar medidas intermedias encaminadas a la puesta en vigor, en el menor plazo posible, del derecho violentado, y considerar los efectos probables de su adopción.

Cuestiones de presupuesto

Un caso de interés en materia de derechos sociales es el del impacto presupuestario como supuesta dificultad. Podría argüirse que si la decisión judicial acarrea consecuencias significativas de ese orden, ello obligaría al juez a adoptar medidas de control más débiles. Discrepamos con este criterio: las dificultades para poner en vigencia un derecho no se derivan necesariamente del costo económico. Por supuesto, la falta de fondos es un obstáculo; pero deberá el Estado probar que allí reside el problema. No puede darse por supuesto.

De todas formas, la cuestión de los costos suele plantearse también como una versión de la objeción “democrática”. El argumento se presenta así: si la decisión del juez involucra el uso sustancial de recursos públicos, esto afecta el principio democrático, porque el manejo del presupuesto corresponde al parlamento. A esto corresponde contestar que no sólo los costos plantean un problema de legitimidad “democrática”. De hecho, muchas decisiones sobre derechos civiles también abarcan temáticas confiadas a la legislatura. En nuestro país, pueden recordarse decisiones como “Sejean” (1986)²⁰, que habilitó el divorcio vincular; o la serie de fallos sobre la tenencia de drogas para uso personal -cuyo eslabón más reciente es “Arriola” (2009)²¹-, lo que involucra nada menos que la legislación penal, materia evidentemente encargada al Parlamento.

No es el carácter de atribución parlamentaria lo que aconseja ampliar la deliberación. Lo que hace necesario recurrir a otras modalidades de actuación judicial es el desacuerdo serio y razonable.

²⁰ “Sejean, Juan B. c/ Zaks de Sejean, Ana M. s/ inconstitucionalidad del art. 64 de la ley 2393”. *Fallos*, 308:2268. 27 de noviembre de 1986.

²¹ “Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo, Mario Alberto Villarreal, Gabriel Alejandro Medina y Leandro Andrés Cortejarena en la causa ‘Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080’”. *Fallos*, 332:1963. 25 de agosto de 2009.

En algunos casos, se referirá al uso de recursos, otras veces al fundamento moral de las instituciones familiares y otras, a la extensión de la privacidad de las personas. Estos desacuerdos pueden hacer preferible que el juez no resuelva en soledad, sino que escuche y dé posibilidades a las partes (y a otros actores relevantes) de escucharse mutuamente. Lo que rechazamos es darle al dinero (a los costos) una importancia "democrática" privilegiada. El presupuesto, si bien es una atribución importantísima de la legislatura, está a la misma altura que otras facultades (como crear delitos y penas, o regular el matrimonio). El manejo de dinero se confió al Congreso, precisamente, porque provee un ámbito para la discusión y resolución democrática de los desacuerdos (que también aparecen en materia penal y civil). Pero al igual que en las demás atribuciones legislativas, la deliberación que allí ocurre también puede quedar abarcada por el control judicial, para verificar que cuente con los supuestos de todo debate legítimo (la vigencia de los derechos, en el caso que nos interesa)²².

La apertura a la deliberación²³

Esta medida constituye, entonces, una de las modalidades alternativas de acción posibles²⁴. En pocas palabras, consiste en crear instancias judiciales para que las partes (y otros eventuales actores) intercambien informaciones y argumentos en torno a la cuestión planteada. En general, se emplea la vía de la audiencia pública. El objetivo puede ser no sólo ilustrar al tribunal, sino también fomentar soluciones acordadas por las partes. La Corte argentina lo adoptó, antes de "Mendoza" (2006)²⁵, en "Verbitsky" (2005)²⁶; en 2007, a través de la Acordada 30, fijó algunas pautas para la realización de las audiencias públicas²⁷.

²² Michelman señala, justamente, que las consecuencias presupuestarias de los derechos sociales no habilitan a distinguirlos de otros derechos en el plano de la justiciabilidad (MICHELMAN, 2003, 17).

²³ También presente como una de las propuestas en Scott y Macklem (SCOTT y MACKLEM, 1992, 137-147). Una versión diferente de esta apertura al debate puede darse bajo la forma de convocar a las partes a negociar la manera de dar plena vigencia a los derechos; así lo hizo la Corte argentina en un caso de particular complejidad referido al derecho de propiedad. Se trata de "San Luis" (2003), donde esa provincia reclamaba contra la Nación por la pesificación de sus depósitos en dólares. En el punto III de la parte resolutive (voto de la mayoría y votos concurrentes de Nazareno, Fayt y Vázquez), se fijó un plazo de sesenta días corridos "para que las partes convengan o determinen la forma y plazos de devolución [de los dólares depositados] que no alteren la sustancia de la decisión, bajo apercibimiento de establecerlo el Tribunal a pedido de cualquiera de los interesados al vencimiento del plazo fijado". Véase "San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción de amparo". *Fallos*, 326:417. 05 de marzo de 2003.

²⁴ Esa deliberación puede tener por objeto también las medidas concretas a tomar para remediar la situación bajo análisis; así, la magistratura no necesita tener la "última palabra" en el diseño de esas acciones (BERGALLO, 2006, 179).

²⁵ "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios". *Fallos*, 329:2316. 20 de junio de 2006.

²⁶ Se trata de "Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus". *Fallos*, 328:1146. 03 de mayo de 2005. Allí la Corte debió pronunciarse sobre las condiciones de detención de miles de personas privadas de su libertad en cárceles y comisarias de la provincia de Buenos Aires. Además de ordenar la libertad (en el término de sesenta días) de personas enfermas y menores de edad detenidas en comisarias, el alto tribunal requirió al Poder Ejecutivo provincial la información completa sobre la situación imperante en las cárceles. Creó luego una mesa de diálogo con la participación de actores no gubernamentales, a fin de diseñar soluciones de más largo alcance (GARGARELLA, 2008, 170-171).

²⁷ La Acordada prevé tres tipos de audiencias (punto 2). Las informativas permiten al tribunal escuchar e interrogar a las partes sobre aspectos del caso. En las conciliatorias, la Corte intenta que las partes resuelvan la cuestión por medios "no adversariales". Finalmente, las audiencias ordenatorias definen medidas para el trámite de la causa. Se celebran audiencias cuando lo requieran al menos tres integrantes de la Corte (punto 1). Las audiencias tienen

Puede combinarse con un **seguimiento judicial** de la manera en que se lleva adelante un plan ratificado ante el tribunal; esta medida fue instrumentada, por ejemplo, por la Corte Constitucional sudafricana en el caso *Grootboom*²⁸ (PISARELLO, 2003, 209). Tal seguimiento puede ser **directo**, si lo lleva adelante el juzgado mismo, o bien **indirecto**, si se lo confía a otra institución (el Defensor del Pueblo, por ejemplo), que debe presentar informes periódicos. Es probable que las medidas adoptadas como resultado de la deliberación tengan un índice mejor de cumplimiento, por fundarse en mejor información y habilitar la comunicación fluida entre las partes (BERGALLO, 2006, 182-183).

Gargarella, pese a considerarlo un mecanismo promisorio e importante, señala algunas reservas (GARGARELLA, 2008, 972). Por una parte, este rol facilitador puede conducir a justificar espuriamente la pasividad judicial bajo la cubierta del "diálogo democrático"²⁹. A la vez, debe ponerse atención a las modalidades que adopte el marco para la deliberación; no deben admitirse aquellas convocatorias en las que se excluya a sectores, la palabra se distribuya según el poder económico o de otra clase, y la intervención en la deliberación no se conecte con la toma de decisiones (GARGARELLA, 2008, 39-40).

El reenvío

Esta segunda medida consiste en volver a someter la cuestión a los órganos electivos (FABRE, 2000, 148; GARGARELLA, 2007, 135), según su competencia. Puede ocurrir que los desacuerdos en torno al contenido del derecho sean tales que sólo pueda confiarse en la clase de deliberación pública que se produce en el parlamento. Esto sería menos aplicable en el caso de atribuciones presidenciales, ya que la deliberación no tiene un lugar prominente en el funcionamiento del poder ejecutivo³⁰.

Este mecanismo de reenvío se presenta como coherente con un modelo de democracia deliberativa, donde la resolución de aquellas dificultades técnicas o de los desacuerdos valorativos y políticos profundos se intenta a través de la discusión racional. El tribunal intenta reabrir la discusión pero no en el procedimiento judicial, sino en una arena dotada de mayor representatividad y –en el caso del Congreso– de una dinámica deliberativa más amplia. Se mantiene la discusión dentro de la esfera institucional, pero al darse intervención a los órganos representativos, la conexión con el electorado puede hacerse más directa. Las personas que integran el Parlamento, por ejemplo, tienen razones para auscultar a

carácter abierto y público, y el tribunal puede formular preguntas libremente al abogado o abogada participante; se filma y se graba el desarrollo del acto, y esos registros sirven como medio de prueba (puntos 5, 9 y 11). Vemos en este mecanismo elementos interesantes desde el punto de vista de una democracia deliberativa. En primer lugar, la apertura pública, que permite a la sociedad civil interesada conocer (y discutir) los argumentos planteados. También resulta positivo el fomento del diálogo entre el tribunal y las partes. Ofrece además, según Bergallo, una instancia de control público sobre la administración de justicia y las partes (BERGALLO, 2006, 179).

²⁸ "The Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom, Irene and Others", 04 de octubre de 2000, 2001 (1) SA 46 (CC).

²⁹ También vemos el riesgo de la extrapolación de este modelo al resto de las actuaciones judiciales. Si se utiliza la menor legitimidad democrática relativa de la magistratura como razón exclusiva para dar paso a esta modalidad débil de intervención, entonces las modalidades fuertes reseñadas más arriba no podrían ejercerse nunca. Por eso insistimos en que las formas débiles de intervención judicial corresponden, en principio, en caso de desacuerdos o de dificultades relevantes y razonables. Esos casos proveen las razones adicionales para adoptar estas alternativas en la actuación de la judicatura.

la sociedad civil y buscar allí nuevos argumentos. Su carácter electivo las hace (o las debería hacer) más receptivas a las posturas presentes en la población.

El reenvío puede hacerse fijando o no un **plazo** para que el órgano en cuestión se pronuncie. A su vez, la decisión de ese órgano puede ser **provisoria** o **definitiva**, según el tribunal se reserve el derecho de someterla a una nueva revisión constitucional, o no lo haga.

La Corte Suprema argentina adoptó la modalidad del reenvío en un caso relativo a la movilidad jubilatoria, un derecho contenido en el art. 14 *bis* de la CN. En "Badaro I" (2006)³¹, el alto tribunal reconoció la falta de actualización de los haberes jubilatorios, tal como quedaba evidenciado en las últimas once leyes de presupuesto³²; y que ello "ha llevado a privarlo [a Badaro] de un derecho conferido por la Ley Fundamental" ³³. Pese a declarar esta inconstitucionalidad, la Corte señaló que no resultaba "apropiado" que ella fijara "sin más la movilidad que cabe reconocer en la causa", debido a la "trascendencia de esa resolución" y la "complejidad" de las cuestiones en juego³⁴. De modo que en este punto, el alto tribunal parece hacerse cargo de las dificultades para determinar el grado adecuado de actualización, considerando el sistema previsional en conjunto. De todas formas, cuestionamos esta invocación de los problemas técnicos, ya que no hay bases suficientes, a nuestro juicio. No se citan estudios ni fuentes de información que pongan de relieve la imposibilidad de resolver el caso concreto del actor. Finalmente, en la parte resolutive la Corte ordena, entre otras disposiciones, "[c]omunicar al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación el contenido de esta sentencia a fin de que, en un plazo razonable, adopten las medidas" de actualización. Como se ve, hay un reenvío sin plazo fijado, pero tampoco librado a la exclusiva discrecionalidad de las otras ramas del Gobierno: el lapso debe ser razonable.

Sin embargo, esta modalidad de reenvío no mostró eficacia. En efecto: ni el Congreso ni la Presidencia dieron cuenta de lo solicitado por la Corte y el tiempo transcurrió sin que hubiera respuestas institucionales. Entonces, casi dieciséis meses después de su fallo, la Corte adoptó una nueva resolución. En "Badaro II" (2007)³⁵, el alto tribunal dio por cumplido el plazo razonable y dispuso fijar un criterio de movilidad jubilatoria aplicable al caso particular, sin extenderlo a los demás jubilados y pensionados en similar situación. Así, la parte resolutive ordena "que la prestación del actor se ajuste, a partir del 1° de enero de 2002 y hasta el 31 de diciembre de 2006, según las variaciones anuales del índice de salarios, nivel general, elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos". A través de esta resolución, la Corte recupera su rol de garante, ante la omisión de los otros poderes. Sin embargo, reiteramos nuestra incompreensión sobre las supuestas dificultades y complejidades invocadas en "Badaro I" (2006). En

³⁰En ciertos casos el reenvío sólo procederá con el Ejecutivo, si lo revisado es el ejercicio de una de sus competencias exclusivas.

³¹"Badaro, Adolfo Valentín c/ Anses s/ reajustes varios". *Fallos*, 329:3089. 08 de agosto de 2006.

³²"Badaro I" (2006), considerando 11.

³³"Badaro I" (2006), considerando 19.

³⁴"Badaro I" (2006), considerando 16.

³⁵"Badaro, Adolfo Valentín c/ Anses s/ reajustes varios". *Fallos*, 330:4866. 26 de noviembre de 2007.

efecto: ¿cómo es posible que de un fallo a otro las cuestiones técnicas se hayan disuelto, al punto tal que la Corte no tiene obstáculos para adoptar un criterio de actualización? En todo caso, quizá no fueron los problemas técnicos los que la Corte intentó evitar. Puede haber primado, en cambio, la preocupación por la objeción "democrática". En cualquier caso, visto retrospectivamente, la falta de fijación de plazos parece haber restado fuerza garantizadora a la primera decisión de la Corte.

5. Conclusiones

A lo largo de este trabajo, describimos la objeción "democrática" y señalamos algunos de sus supuestos y límites. Destacamos que la objeción pone en cuestión no sólo la declaración de inconstitucionalidad, sino cualquier orden dada por los tribunales a entidades de mayor legitimidad democrática relativa; y que no sólo tiene relevancia para los derechos sociales, sino para todos los derechos. También hicimos notar que la actuación judicial no pone fin al debate político, y que las ramas electivas no necesariamente garantizan mejor la vigencia de los derechos, aun para las mayorías.

Luego adoptamos un modelo deliberativo de democracia, como forma de conciliar un sistema de derechos constitucionales con el respeto al principio mayoritario. Bajo ese modelo, sostuvimos que la objeción "democrática" se afirma en una separación artificial entre la toma de decisiones y la vigencia de los derechos. Por el contrario, sostuvimos que los procesos deliberativos (y de votación) sólo son legítimos con el respeto de los derechos que las personas deben reconocerse mutuamente para poder ser a la vez autores y destinatarios de las normas. En otras palabras, que tanto los derechos como la deliberación son condiciones para un autogobierno legítimo.

Pero también rescatamos los aportes que nos deja la objeción "democrática". En especial, nos advierte que la magistratura, por su menor legitimidad democrática, debe fundar sus decisiones de modo razonado, con argumentos pertinentes dentro de la disciplina del derecho. También obliga a los jueces a no resolver ciertas cuestiones por sí solos. Significa, además, que la judicatura no tiene ni puede tener la última palabra en materia interpretativa. Por último, agregamos que donde existen dificultades técnicas o desacuerdos profundos y razonables, los tribunales deben abrirse a nuevas formas de intervención, graduales y progresivas.

La actuación judicial en materia de derechos, en suma, debe combinar la eficacia para garantizarlos, con la adecuada ponderación de la objeción "democrática". Para dar cuenta de estos elementos, resulta conveniente adoptar un continuo de atribuciones o facultades. En el extremo más fuerte, se hallan las órdenes de hacer o no hacer y la declaración de inconstitucionalidad. Luego se prevén acciones más débiles, que incluyen la apertura a la deliberación y el reenvío, ambas con distintas modalidades. La pertinencia de cada medida debe evaluarse teniendo en cuenta su efectividad, pero también las dificultades técnicas y los desacuerdos razonables que se presenten en cada caso particular. Cuanto mayores sean esas dificultades, o más profundos y extendidos los desacuerdos, habrá mayores razones para inclinarse por medidas más débiles.

Referencias bibliográficas

- ARAGÓN, M. (1995) *Constitución y control del poder*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1995.
- ATRIA, F. (2004) "¿Existen derechos sociales?", en *Discusiones*, Año IV, Número 4, 2004, pp. 15-59. Disponible en:
<http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01826630549036114110035/015570.pdf?incr=1>
- BERGALLO, P. (2006) "Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina", en SABA, R. (comp.), *Derecho y pobreza. SELA 2005*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, pp. 161-185.
- CRUZ PARCERO, J. (2004) "Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales (Réplica a Fernando Atria)", en *Discusiones*, Año IV, Número 4, 2004, pp. 71-98. Disponible en:
<http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01826630549036114110035/015570.pdf?incr=1>
- DE WET, E. (1996) *The Constitutional Enforceability of Economic and Social Rights. The meaning of the German Constitutional Model for South Africa*, Durban, Butterworths, 1996.
- DWORKIN, R. (1977) *Los derechos en serio*, trad. al castellano por Marta Guastavino, Buenos Aires, Planeta-Agostini, 1993.
- ELÍAS, J. (2011) "Notas para pensar el control judicial de constitucionalidad", en GARGARELLA, R. (coord.), *La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011, pp. 295-301.
- FABRE, C. (2000) *Social rights under the constitution. Government and the decent life*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- FERRATER MORA, J. (1994) *Diccionario de Filosofía*, Barcelona, Ariel, 1994; voz "Gadamer", pp. 1422-1424.
- GADAMER, H. (1967) "Retórica, hermenéutica y crítica de la ideología. Comentarios metacríticos a *Verdad y Método I*", en *Verdad y Método II*, 2ª ed., Salamanca, Sígueme, 1994.
- GADAMER, H. (1971) "Réplica a *Hermenéutica y crítica de la ideología*", en *Verdad y Método II*, 2ª ed., Salamanca, Sígueme, 1994.
- GARGARELLA, R. (1996) *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996.
- GARGARELLA, R. (2007) "¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?", en ALEGRE, M. y GARGARELLA, R. (coord.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, LexisNexis Argentina, 2007, pp. 121-144.
- GARGARELLA, R. (comp.) (2008) *Teoría y crítica del derecho constitucional*, tomos I y II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008.
- HABERMAS, J. (1967) "Un informe bibliográfico: la lógica de las ciencias sociales", en *La lógica de las ciencias sociales*, 2ª ed. en español, trad. Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 81-205.
- HABERMAS, J. (1994) *Facticidad y validez*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998.
- HABERMAS, J. (1996) "Tres modelos normativos de democracia", en *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona, Paidós, 1999, pp. 231 - 246.
- LOFFREDO, S. (1993) "Poverty, democracy and constitutional law", en *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 141, abril 1993, pág. 1277-1389.
- MICHELMAN, F. (2003) "The constitution, social rights and liberal political justification", en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, enero 2003, pp. 13-34.

- MILLER, J. *et al.* (1987) *Constitución y poder político*, tomo 1, Buenos Aires, Astrea, 1987 (2ª reimpresión, 1995).
- NINO, C. (1992) *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992.
- PISARELLO, G. (2003) *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Barcelona, Icaria, 2003.
- ROSENKRANTZ, C. (2003) "La pobreza, la ley y la Constitución", en BULLARD, A. *et al.*, *El derecho como objeto e instrumento de transformación. SELA 2002*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, pp. 241-257.
- SARTORI, G. (1994) *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, trad. de Roberto Reyes Mazzoni, México, Fondo de Cultura Económica, 1994 (4ª reimpresión, 2000).
- SCOTT, C. y MACKLEM, P. (1992) "Constitutional ropes of sand or justiciable guarantees? Social rights in a new South African constitution", en *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 141, noviembre 1992, pp. 1-148.
- TUNC, A. (1971) *El derecho en Estados Unidos*, Barcelona, Oikos-Tau, 1971.
- TUSHNET, M. (2008) *Weak courts, strong rights. Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, Princeton, Princeton University Press, 2008.