

El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas

SEBASTIÁN LINARES*

Resumen: Este artículo desarrolla las posibilidades del diálogo entre las cortes y las instituciones representativas (Congreso y Ejecutivo). Primero, describe nueve formas de comunicación entre el Congreso y las cortes, según cómo varíen distintos elementos. Segundo, describe las posibilidades de diálogo entre el Congreso y el Ejecutivo. Tercero, desarrolla el denominado "litigio de reforma estructural", que propicia una comunicación no dialéctica entre las cortes y las instituciones representativas. Cuarto, se realiza una crítica a las formas de comunicación existentes y se propone un nuevo modelo que concede al Congreso la última palabra institucional.

Abstract: This article examines the possibilities of dialogue between the Courts and representative institutions (Congress and the Executive branch). First, it describes new forms of communication between Congress and the Courts, according to how diverse elements vary. Second, it describes the possibilities of dialogue between Congress and the Executive. Third, it develops the "structural reform litigation" for non-dialectic interchange. Fourth, it criticizes existing forms of communication and proposes a new model that will give Congress the last institutional word.

Palabras clave: justicia constitucional, diálogo interorgánico, democracia deliberativa, litigio de reforma estructural.

Key words: Constitutional justice, inter-organic dialogue, deliberative democracy, structural reform litigation.

El propósito de este artículo es explorar las vías institucionales para configurar un *diálogo democrático* genuino entre las instituciones representativas (Congreso y Ejecutivo) y las cortes o tribunales constitucionales. Existen dos formas de comunicación interorgánica: las formas dialécticas, en virtud de las cuales las autoridades políticas y las cortes "hablan", al mismo tiempo que "deciden", y lo hacen en distintos momentos temporales; y las formas no dialécticas, en las cuales

* Doctor en Ciencia Política, Universidad de Salamanca. Temas de especialización: políticas de justicia en América Latina, teoría de la democracia, seguridad ciudadana. Dirección: Avda. de América 4, 2º B, 45004 Toledo, España. Tel.: (0034)-610836221. Correo electrónico: slinares@usal.es.

las autoridades representativas dialogan con las cortes antes, durante y después de tomar la decisión en pos de un objetivo común. Según veremos, ninguna de las formas dialécticas de comunicación realmente existentes satisface las exigencias de un diálogo democrático: o dan margen para un genuino diálogo pero depositan la última palabra en las cortes, o bien dan primacía al Congreso pero no dan margen para un genuino diálogo. En cambio, la forma no dialéctica, correspondiente al denominado “litigio de reforma estructural”, sí da margen para la generación de un genuino diálogo democrático, al convertir a las cortes sólo en un actor con poder de agenda y otorgar al Congreso la última palabra institucional.

El artículo está dividido en cinco partes: 1) se describen las formas realmente existentes de diálogo dialéctico entre el Congreso y las cortes; 2) se revisan las posibilidades del diálogo dialéctico entre las cortes y el Ejecutivo; 3) se explora la forma no dialéctica del denominado “litigio de reforma estructural”, que convierte a la corte en un actor con *poder de agenda* política, esto es, un actor capaz de obligar a las instituciones representativas a abordar ciertos problemas, deliberar sobre las distintas soluciones en juego, aprobar reformas y controlar el proceso de ejecución de las mismas; 4) se hace una crítica de estas formas institucionales. Se dirá así que ninguna de las formas dialécticas existentes logra cumplir satisfactoriamente con los requisitos de una genuina “deliberación democrática”, y 5) se propone un sistema dialéctico que permita conservar las virtudes deliberativas del control judicial de las leyes y al mismo tiempo deposite la última palabra institucional en el Congreso, así como el fortalecimiento del litigio de reforma estructural en América Latina.

1. EL DIÁLOGO INTERORGÁNICO CORTES-CONGRESO

En los últimos años se ha recomendado una vía alternativa para incentivar la deliberación pública: el diálogo entre las supremas cortes (o tribunales constitucionales) y el Congreso.¹ Los canales institucionales que describiremos se destacan por un rasgo en común: todos permitirían la configuración de un intercambio de “argumentos” entre las cortes y el Congreso, un intercambio que tiene al menos tres fases posibles: argumento, respuesta y réplica. La estructura del diálogo en (al menos)

¹ Es oportuno señalar que el diálogo interorgánico suele ser promovido por muchas corrientes del pensamiento que se inscriben dentro de la teoría deliberativa de la democracia.

tres fases es esencial: dicho esquema comunicativo permite que las decisiones de los jueces constitucionales admitan al menos una *réplica* por parte del Congreso.

Para desentrañar la clase de diálogo que se puede dar entre el Congreso y la justicia constitucional hay que empezar distinguiendo entre constituciones rígidas y constituciones flexibles. Las constituciones son rígidas cuando para su reforma se exige un procedimiento más gravoso que el requerido para la sanción de una ley ordinaria. Una constitución es flexible, en cambio, cuando puede reformarse a través del mismo procedimiento empleado para la sanción de las leyes comunes (Bryce, 1988). Entre las constituciones rígidas distinguiremos, también, entre constituciones de rigidez supermayoritaria, moderada y mayoritaria (véase Linares, 2008).

Constituciones rígidas

Partamos de la premisa de que la Constitución es rígida, y que para ser reformada requiere de mayorías reforzadas. En general, en casi todos los países del mundo, las constituciones rígidas y supermayoritarias van acompañadas de sistemas de justicia constitucional. Sin embargo, algunos países se desvían de este patrón. Holanda, por ejemplo, cuenta con una Constitución rígida y supermayoritaria,² que incluye una declaración de derechos, pero *prohíbe el control judicial de las leyes*³ (Bayón, 2004: 1).

Así, si un juez holandés considera que una ley conculca derechos, no está autorizado para invalidarla. Lo único que puede hacer es “interpretar” el texto legal para atenuar sus alcances. De aquí en adelante, llamaré a este canal “la vía interpretativa”. Ilustrémoslo con un caso. Imaginemos que el Parlamento aprueba una ley que prohíbe la publicación de imágenes religiosas con fines difamatorios (tales como los retratos de Mahoma). Pues bien, si la justicia está en desacuerdo con la ley, entonces puede acatarla, pero agregar que la publicación difamatoria de imágenes religiosas es censurable cuando existe un “riesgo claro y presente” de que ello engendrará acciones violentas. En este caso, la justicia dice estar de acuerdo con la prohibición general, pero en realidad transforma el sig-

² La reforma de la Constitución holandesa requiere del voto de las dos terceras partes de una asamblea constituyente convocada al efecto (Art. 137 Constitución de Holanda).

³ Art. 120 Constitución de Holanda.

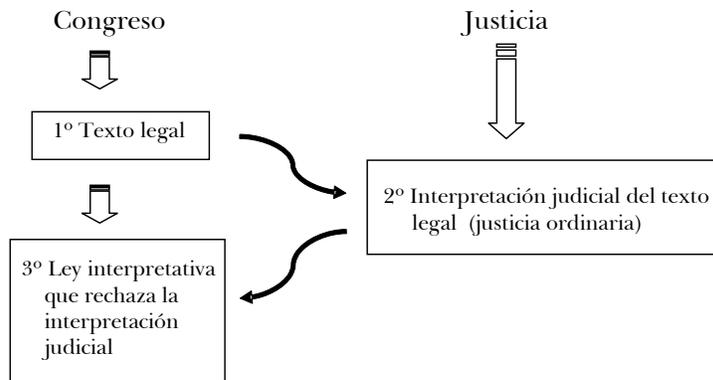
nificado del texto jurídico. Con ello, la justicia “responde” al Parlamento sin necesidad de declarar la inconstitucionalidad del texto legal. En este esquema, el Parlamento holandés se reserva siempre la última palabra institucional. Así, si el Legislativo está en desacuerdo con la decisión judicial, siempre puede volver a insistir en su posición. Por ejemplo, el Parlamento puede aprobar una norma legal ulterior que diga: “la publicación de imágenes religiosas con propósitos difamatorios es censurable *aun cuando no exista un riesgo claro y presente de que generará respuestas violentas*”. El ejemplo es inverosímil, pero ilustra claramente la forma en que se puede entablar un intercambio de acciones comunicativas en tres fases (véase figura 1).

Ahora pasemos a analizar los sistemas que cuentan con constituciones rígidas y supermayoritarias “y” sistemas de justicia constitucional. En este marco, hay que empezar distinguiendo dos formas institucionales de justicia constitucional. La primera es la más común de todas: el modelo europeo de justicia constitucional que, aunque con distintas variantes, atribuye al Tribunal constitucional el poder de invalidar una ley con efectos *generales*. La segunda forma es el modelo norteamericano de justicia constitucional, que concede a la Corte Suprema el poder de invalidar una ley sólo con efectos para el caso concreto.⁴ Estos dos sistemas conforman los denominados modelos “robustos” de revisión judicial de las leyes, es decir, modelos que confieren formalmente la “última palabra institucional” a la justicia constitucional.

En primer lugar, tenemos el modelo “europeo” de justicia constitucional. En este sistema, las posibilidades para el diálogo entre el Tribunal y el Congreso se reducen al máximo. Si la justicia constitucional opta por la declaración de inconstitucionalidad de la ley,

⁴ Hay que decir, no obstante, que la Corte estadounidense puede ejercer un control “abstracto” en dos circunstancias: primero, cuando se interpone —inmediatamente después de la aprobación de una ley— una acción remedial (*injunction*) tendiente a suspender la aplicación de la norma, y ésta es concedida hasta tanto se resuelva la cuestión de constitucionalidad; y segundo, cuando está comprometido el derecho de libertad de expresión. En este segundo caso la Corte puede entender que la sola sanción de un precepto que castiga determinadas expresiones (como el delito de injurias a la autoridad) es, en sí misma, atentatoria de la libertad de expresión, porque dada la vaguedad del tipo penal se inhibe la crítica al gobierno. En este caso, procedería la inconstitucionalidad de la norma *on its face*. Véase Stone Sweet y Shapiro (2002).

Figura 1
SUPREMACÍA LEGISLATIVA SIN CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD
(HOLANDA)



la comunicación se rompe.⁵ Al Congreso sólo le queda acatar la decisión judicial, o probar con una nueva ley que no sea sustancialmente igual a la invalidada. En teoría, en este modelo sólo la vía “interpretativa” puede canalizar el diálogo interorgánico. Ello sería posible, por ejemplo, cuando el Tribunal elude las declaraciones de inconstitucionalidad y opta por las sentencias “interpretativas” (véase Aja y González, 1998: 274-287),⁶ o cuando dicta sentencias “aditivas”,⁷ “sustitutivas”,⁸ o “exhortativas”.⁹ Si la justicia constitucional evita la

⁵ No obstante lo dicho, hay juristas que consideran que el Congreso tiene legitimidad para volver a aprobar una ley similar, o incluso “idéntica” después de la declaración judicial de inconstitucionalidad (Ferrerres, 2000: 42).

⁶ Las sentencias “interpretativas” son aquellas que disponen que una norma debe interpretarse de una manera específica si quiere salvarse su validez. Ello presume que el texto legal tiene al menos dos interpretaciones posibles, de las cuales una sola es constitucional.

⁷ Las sentencias “aditivas” son aquellas que declaran la inconstitucionalidad de una norma en cuanto “omiten” mencionar algo que se considera necesario conforme a la Constitución. Lo interesante es que la sentencia no invalida el precepto legal, sino que “agrega” contenidos sustantivos que no estaban especificados en el texto.

⁸ Las sentencias sustitutivas se caracterizan por declarar la inconstitucionalidad de un precepto, y “sustituirlo” con un precepto nuevo, de creación judicial. En ese caso, la decisión se compone de dos partes diferentes: una que declara la inconstitucionalidad de un fragmento o parte de la disposición legal impugnada, y otra que la “reconstruye” de una manera distinta.

⁹ Las sentencias exhortativas son aquellas en virtud de las cuales, pese a advertirse una manifestación de inconstitucionalidad en una norma legal, el Tribunal sólo declara

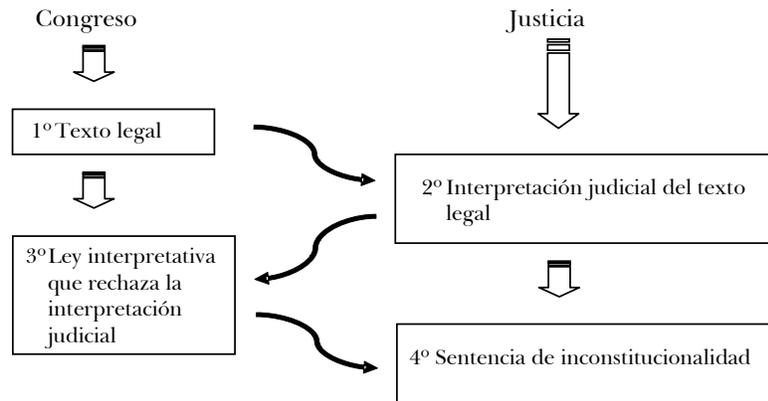
declaración de invalidez y opta por dictar alguna de estas sentencias, entonces existe la posibilidad de una réplica ulterior del Congreso. Esto es así porque los contenidos “positivos” legislados por el Tribunal en todos estos casos pueden ser rechazados por el Congreso a través del dictado de una ley posterior. Y esta posibilidad, a su vez, abre la puerta para una contrarréplica de la justicia constitucional.¹⁰ Así, si el tribunal considera que la ley posterior (que descarta la sentencia interpretativa) es incorrecta, la Corte podrá volver a asestar una respuesta segunda y definitiva (contrarréplica), declarando la inconstitucionalidad de ese nuevo texto legal (Fisher, 2006).

En segundo lugar, tenemos al modelo norteamericano de justicia constitucional. Este sistema comparte muchos puntos en común con el modelo europeo en lo que atañe a las posibilidades del diálogo interorgánico. La diferencia más importante reside en los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad, que aplican sólo a las partes del juicio que se ventila ante la Suprema Corte. El punto no es trivial, si tenemos en cuenta que la ley invalidada puede seguir siendo aplicada por el gobierno. En estas condiciones, el Congreso cuenta con un margen de maniobra: dado que teóricamente puede seguir aplicando la ley invalidada, puede responder a los argumentos vertidos por la Corte, y de esta manera propiciar una relación de ida y vuelta. Hay que decir, de todos modos, que en el contexto jurídico anglosajón el precedente judicial de la Corte (*case law*) tiene un

su mera incompatibilidad y exhorta al legislador para que, en un plazo razonable, introduzca aquello que es necesario para que desaparezca el vicio meramente declarado. Normalmente, el Tribunal fija unos principios generales a los cuales deberá ajustarse el Congreso.

¹⁰ Puede presentarse una situación especial si el Tribunal decidió un tema de interpretación constitucional en un sentido dado (vg. “a”), y después el Congreso dicta una ley interpretativa sobre el mismo punto, pero en otro sentido (“b”). Frente a este supuesto, algunos constitucionalistas (véase Sagüés, 2004) sostienen que el Congreso no puede desechar una sentencia interpretativa. Según esta posición, la réplica del Congreso sólo sería constitucional si el Tribunal emitió la interpretación “a” como meramente enunciativa, y no fuese incompatible con la exégesis “b” (la del Congreso). A mi juicio, esta postura es insostenible, pues ni en el sistema norteamericano ni en el europeo los jueces constitucionales son los “únicos” facultados para interpretar la Constitución. Esta postura confunde la facultad interpretativa —que está distribuida en todos los poderes— con el concepto de supremacía judicial, que refiere a quién tiene la última palabra institucional. Es útil recordar, en ese sentido, que ni Madison ni Hamilton —padres del modelo norteamericano— ni Kelsen —padre del modelo europeo— denegaron al Congreso la facultad de interpretar la Constitución (sobre el pensamiento de Madison, véase Hickok, 1990; y sobre el modelo europeo véase el propio Kelsen, 1942).

Figura 2
MODELO EUROPEO DE REVISIÓN JUDICIAL

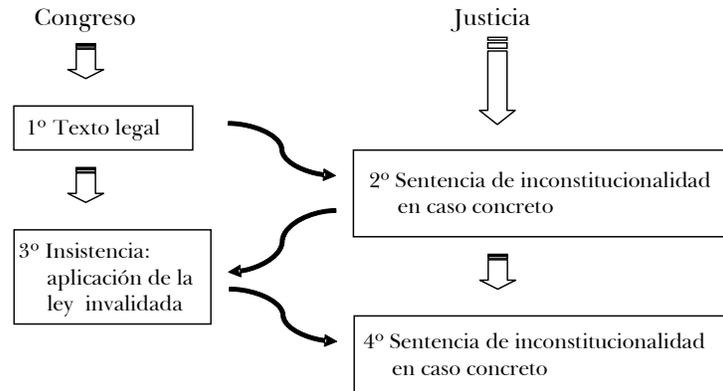


peso extraordinario sobre las instancias judiciales inferiores. La voluntad del Congreso perecerá poco a poco, pues, con los golpes redoblados de la jurisprudencia (véase figura 3).

En algunos modelos “robustos” de revisión judicial existe una vía alternativa de diálogo. Así, muchos países¹¹ admiten que el Congreso pueda (o esté obligado, según se trate de algunas materias específicas) a “consultar” al Tribunal Constitucional o a la Suprema Corte sobre la constitucionalidad de un “proyecto” de ley, es decir, de un proyecto que está en proceso de discusión legislativa. En este marco, la Corte o el Tribunal Constitucional puede responder de dos maneras frente a esa petición del Congreso: en algunos países se establece que la opinión del Tribunal es *vinculante* para el Congreso, es decir, el Congreso no puede sancionar el texto del proyecto considerado inconstitucional. En otros países, en cambio, la opinión consultiva del Tribunal es *no vinculante*, esto es, el Congreso puede hacer caso omiso de la opinión del Tribunal y sancionar el texto que considera correcto. De todos modos, cualquiera que sea la modalidad, bajo esta fórmula comunicativa el Tribunal siempre tendrá la última palabra: si el Congreso no hace caso de la opinión del Tribunal (sea o no sea vinculante), este último siempre se reserva un as en la manga, pues puede declarar la inconstitucionalidad del texto legal si el

¹¹ En América Latina recogen la consulta legislativa de constitucionalidad los siguientes países: Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Perú, Costa Rica y Guatemala (véase Nogueira Alcalá, 2002 y García Belaunde y Fernández Sesgado, 1997).

Figura 3
MODELO NORTEAMERICANO DE REVISIÓN JUDICIAL



proyecto finalmente se transforma en ley. Por este cauce se configura un diálogo de tres fases, comenzando por la opinión consultiva del Tribunal, siguiendo con la decisión del Congreso (respuesta), y finalizando con la decisión de inconstitucionalidad del Tribunal (réplica) (véase la figura 4).

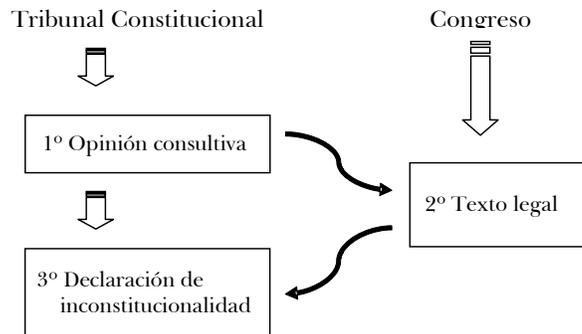
Encontramos una quinta forma de diálogo interorgánico en el sistema canadiense de justicia constitucional.¹² Para empezar, hay que decir que el modelo canadiense se enmarca dentro de una carta de derechos rígida y supermayoritaria¹³ (denominada Carta de Derechos y Libertades) y cuenta con un sistema de revisión judicial con efectos generales.¹⁴ La

¹² La literatura sobre el sistema canadiense es inagotable. Entre las obras más actualizadas, puede verse Kelly (2005); Kahana (2001; 2002), Hiebert (2006), Bateup (2006b), Hogg, Bushell y Wright (2007).

¹³ La Carta canadiense sólo puede ser enmendada por acuerdo del Senado, la Cámara de los Comunes, y dos tercios de las legislaturas de las provincias que representen, en conjunto, al menos 50% de la población total del país. Esa reforma se somete luego a un referéndum popular (sección 31.8 del Constitution Act de 1982). De acuerdo con este sistema, la Carta canadiense parecería ser de rigidez mayoritaria, al exigir que los dos tercios de las legislaturas representen 50% de la población. Ahora bien, cabe señalar que, en los hechos, la exigencia de los dos tercios de las legislaturas requiere de una mayoría muy superior a 50% de la población. Ello se entiende cuando consideramos que sólo cuatro estados (de un total de once) se llevan 85% de la población total (Ontario, Quebec, Alberta y British Columbia). Por esta razón considero que la Carta canadiense es de rigidez supermayoritaria.

¹⁴ En el sistema canadiense, todos los jueces tienen la potestad de invalidar un texto legal que vulnere algún derecho consagrado en la Carta. La norma declarada inconstitucional por un juez canadiense cesa en sus efectos para la generalidad de los casos (*erga omnes*) y no sólo para las partes en litigio (Gamio, 2006: 8; Canada Act 1982; c 11, s 52).

Figura 4
CONSULTA LEGISLATIVA



fórmula canadiense de justicia constitucional se diferencia de las demás, no obstante, en que incorpora un rasgo innovador: la Carta de Derechos dice que el Parlamento puede aprobar una ley (con mayoría absoluta de los presentes), declarando expresamente que esa ley es válida “no obstante los derechos de la Carta” (*notwithstanding a right included in the charter*. Sección 33).¹⁵ Lo que interesa de esa declaración es que jurídicamente vuelve “immune” al texto legal contra los ataques de la justicia constitucional. Ello quiere decir que si el Parlamento canadiense aprueba una ley alegando la cláusula *notwithstanding*, entonces la capacidad de respuesta de la justicia constitucional queda severamente atenazada. Ante semejante cláusula, la justicia no está legitimada para declarar la invalidez del texto legal.

Un rasgo importantísimo de este modelo es que, teóricamente, la cláusula puede invocarse tanto de manera “preventiva” como “represiva”. Es decir, el Parlamento puede recurrir a la cláusula al momento de aprobar una ley por primera vez, o invocarla *con posterioridad a una sentencia de inconstitucionalidad*. Cuando el Parlamento emplea la cláusula de manera preventiva, los canales para el diálogo se reducen dramáticamente. A la

¹⁵ Esta declaración puede ser adoptada por mayoría absoluta de los presentes, pero no procede cuando están comprometidos algunos derechos que la sección 33 especifica. Estos son los derechos políticos de las secciones 3 a 5, los derechos de movilidad de la sección 6, y los derechos relativos al idioma, contenidos en la sección 16 a 23 de la Carta, que caen bajo la autoridad suprema de la Suprema Corte. Todos los derechos restantes admiten la invocación de la cláusula (Debeljak, 2002; Gamio, 2006: 9).

justicia sólo le quedará la vía “interpretativa” para oponerse a la decisión legislativa. En cambio, cuando el Parlamento hace un uso “represivo” de la cláusula, entonces se abre una nueva vía para el diálogo interorgánico. Así, si el Legislativo opta en un primer momento por sancionar un texto legal “sin” la cláusula *notwithstanding*, la justicia tiene luz verde para declarar la inconstitucionalidad de la ley. Si la Suprema Corte efectivamente anula la disposición legal, entonces el Congreso puede replicar invocando la cláusula *notwithstanding*. Esa declaración legislativa tardía provoca, en los hechos, la *reválida* temporal del texto legal,¹⁶ y lo protege de futuros ataques judiciales.¹⁷ Es cierto: a la justicia le quedará la “vía interpretativa”, pero incluso si acude a ella, el Congreso tiene cómo reaccionar para decir la última palabra. Teóricamente, si el Congreso hace un uso represivo de la cláusula *notwithstanding* y la justicia opta después por la “vía interpretativa”, el sistema es capaz de propiciar un diálogo de cinco etapas: opinión, respuesta, réplica, contrarréplica, y réplica a la contrarréplica (véase figuras 5a y 5b).

Hasta aquí, hemos intentado elucidar los cauces del diálogo interorgánico en sistemas jurídicos que cuentan con constituciones rígidas y supermayoritarias. Cabría incorporar, dentro de este esquema, una posibilidad más: cuando el Congreso reforma la Constitución en respuesta a una sentencia de inconstitucionalidad. Bajo este esquema, el Congreso

¹⁶ Los efectos de una declaración legislativa basada en la sección 33 se prolongan durante un plazo de cinco años al término de los cuales debe hacerse una renovación (Debeljak, 2002; Gamio, 2006: 9).

¹⁷ Debe decirse, sin embargo, que la supremacía legislativa a la que da lugar la cláusula tiene varias limitaciones. Ya dijimos que la cláusula no puede emplearse cuando la sentencia de inconstitucionalidad alega la protección de los derechos políticos, de movilidad, y los relativos al idioma. En segundo lugar, la cláusula no puede emplearse “en general”. Esta limitación tiene un origen histórico: la Legislatura de Quebec, al entrar en vigor la Carta de Derechos y Libertades, sancionó una ley, empleando la cláusula *override* para blindar “toda” la legislación del estado de Quebec frente a los potenciales ataques del poder judicial. Esa declaración de la Legislatura de Quebec fue considerada abusiva por la opinión pública, y por ello la justicia federal invalidó el empleo de la cláusula, con el argumento de que ésta sólo podía utilizarse para blindar disposiciones legales específicas (caso Alliance, fallado por la Corte de Apelaciones de Quebec, 1986). Sin embargo, la jurisprudencia de la Suprema Corte determinó también que el Congreso que haga uso de la cláusula puede invocar la Sección 33 sin necesidad de hacer mención a los efectos del *override* en los derechos específicos comprometidos (Caso Ford v. Quebec, 1988; Stephanopoulos, 2005). Finalmente, otro dato destacable de la cláusula *notwithstanding* es que no tiene efectos retroactivos, es decir, la *reválida* sólo produce efectos para el futuro (A-G Quebec v. La Chaussure Brown’s Inc. [1988] 2 SCR 712).

Figura 5a
SISTEMA CANADIENSE: USO PREVENTIVO DE LA CLÁUSULA *NOTWITHSTANDING*

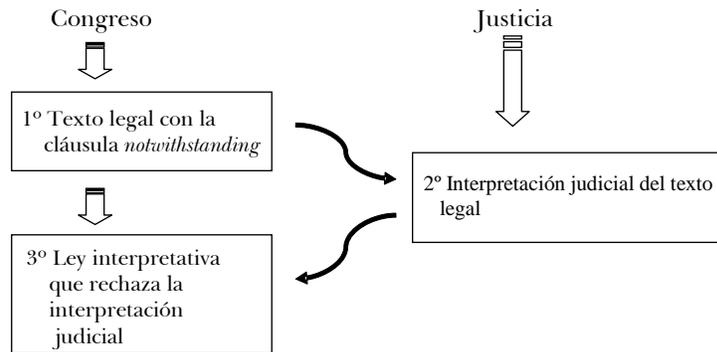
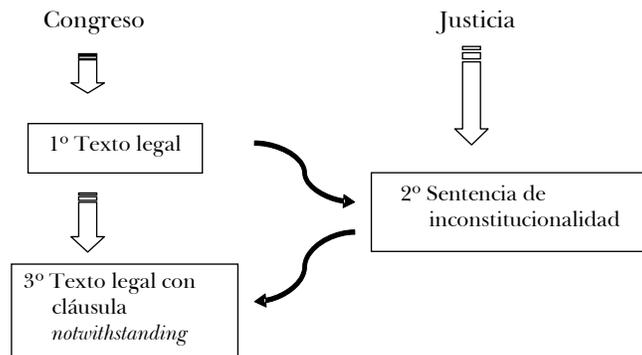


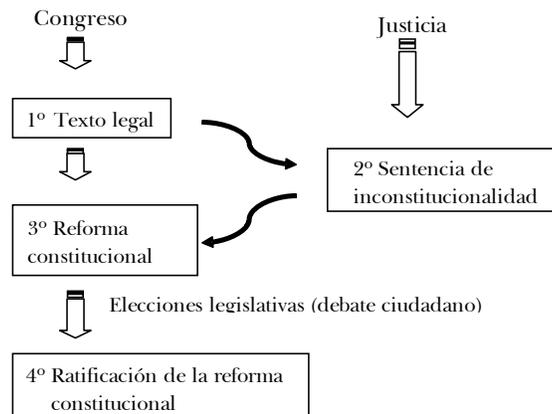
Figura 5b
SISTEMA CANADIENSE: USO REPRESIVO DE LA CLÁUSULA *NOTWITHSTANDING*



puede responder a una sentencia de inconstitucionalidad que considera incorrecta, reformando el texto constitucional. Ahora bien, aquí es importante distinguir entre constituciones de rigidez moderada y mayoritaria y constituciones de rigidez supermayoritaria. En la primera clase de constituciones, las reformas requieren de la aprobación de la mayoría absoluta de los miembros del Congreso, y la ratificación del Congreso del periodo subsiguiente (por mayoría absoluta). Es de prever que bajo esta fórmula el debate sea más intenso y profundo, pues se despliega en tres etapas relativamente cercanas en el tiempo: 1) debate en el seno de la Legislatura; 2) debate en las campañas electorales, y 3) debate en el seno de la Legislatura posterior. De esta manera, las constituciones de

rigidez moderada y mayoritaria son capaces de desplegar un diálogo en cuatro fases: 1) ley del Congreso; 2) sentencia de inconstitucionalidad; 3) reforma de la Constitución por la Legislatura actual, y 4) ratificación de la reforma por la Legislatura subsiguiente.

Figura 6
REFORMA DE CONSTITUCIONES DE RIGIDEZ MODERADA Y MAYORITARIA



En cambio, las constituciones de rigidez supermayoritaria limitan enormemente la capacidad de respuesta del Congreso al volver costosa la reforma constitucional. Es cierto, una mayoría reforzada del Congreso podría responder a una sentencia adversa mediante la aprobación de una reforma constitucional. Ahora bien, dado que las mayorías reforzadas son difíciles de reunir (sobre todo en materias que despiertan controversias encendidas), lo normal es que transcurra un tiempo considerable entre la sentencia de inconstitucionalidad y la reforma constitucional; no parece sensato considerar parte de un diálogo interorgánico a una reforma constitucional que “responde” 30 años más tarde a una sentencia judicial.¹⁸

Constituciones flexibles

Cabe ahora indagar las posibilidades para el diálogo en sistemas que cuentan con Constituciones “flexibles”, es decir, sistemas con documentos

¹⁸ Por ejemplo, resulta muy forzado considerar la decimotercera enmienda de la Constitución de Estados Unidos (1865) —que prohíbe la esclavitud— como una respuesta al fallo Dred Scott (1846).

constitucionales *escritos* y/o convenciones sociales que pueden ser reformados por las mismas mayorías y los mismos procedimientos requeridos para la sanción de las leyes ordinarias. Como podemos entrever, la idea de una Constitución “flexible” es inherente a los sistemas que reconocen la supremacía parlamentaria. Por ello, en todas las variantes que aquí voy a desarrollar, el Congreso tiene la potestad de dar la última palabra en sus desacuerdos con el poder judicial.

En sistemas de constituciones flexibles caben tres posibilidades: a) que los documentos y convenciones constitucionales tengan la misma jerarquía que las leyes del Congreso y que el poder judicial no esté investido de la potestad de declarar la inconstitucionalidad de la norma aprobada en el parlamento. Este sistema caracterizó durante siglos a los países de la *Commonwealth*;¹⁹ b) que los documentos considerados “constitucionales”, pese a ser reformables por el mismo procedimiento empleado para la sanción de las leyes ordinarias, tengan mayor jerarquía que las leyes comunes, y que el poder judicial pueda “exhortar” al Congreso a cambiar un texto legal que es considerado incompatible con los textos constitucionales. Este sistema, denominado “exhortativo” (*hortatory*), es el que recoge el Reino Unido desde 1998 con la sanción de la *Human Rights Act*, y Nueva Zelanda desde el año 1999, y c) la tercera posibilidad es la sugerida por algunos juristas: constituciones “flexibles” pero de mayor jerarquía *jurídica* que las leyes, que convivan con un sistema de revisión judicial con autoridad para “invalidar” las leyes inconstitucionales (véase Ferreres, 1997: 44; Prieto Sanchís, 2002; 2003b).²⁰ Según intentaré demostrar, este es el sistema que consagra Israel desde 1994. Vayamos por turno.

¹⁹ El concepto de constitución que utilizo aquí no incluye como elemento definitorio ni la idea de mayor jerarquía frente a las leyes ni la idea de rigidez. Partiendo de esa premisa, pueden existir documentos o prácticas constitucionales flexibles ubicados en un mismo plano jerárquico que las leyes (el sistema de Westminster), constituciones flexibles pero jerárquicamente superiores a las leyes (según argumentaré, este es el caso de la Human Dignity and Liberty Basic Law de Israel, la Human Rights Act del Reino Unido), y constituciones rígidas y jerárquicamente superiores a las leyes (Estados Unidos, América Latina, Europa).

²⁰ Luis Prieto Sanchís ha sostenido que no debería haber problema en admitir que una Constitución flexible sigue siendo —o puede seguir siendo— “una norma suprema que debe ser respetada”, y que por lo tanto puede haber constituciones flexibles (es decir, reformables por el procedimiento habitual de sanción de leyes) jerárquicamente superiores a las leyes comunes. Con ello, hay espacio para un sistema de revisión judicial en el marco de una Constitución flexible (Prieto Sanchís, 2003b: 150).

El primer modelo es el conocido bajo el nombre de “modelo de Westminster”. Originario de Inglaterra, este modelo fue adoptado en forma predominante, pero no exclusiva, por las naciones pertenecientes a la *Commonwealth*. El Reino Unido (hasta 1998), Nueva Zelanda (hasta el año 1999) y Canadá (hasta 1982) tuvieron este sistema.²¹ La primacía del Parlamento en el modelo de Westminster excluía tres notas características: la rigidez constitucional, la mayor jerarquía de los textos constitucionales frente a las leyes,²² y la supremacía judicial. En los sistemas organizados bajo el modelo de Westminster, la Constitución estaba conformada por numerosas leyes y por convenciones no escritas que tenían formalmente la misma jerarquía que las leyes ordinarias, y podían ser reformadas por mayoría absoluta.²³ En este esquema, los jueces no tenían autoridad para invalidar las leyes. Ello no significaba, como muchos cuestionaban, el avasallamiento de los derechos individuales por parte de las mayorías legislativas. En el modelo de Westminster siempre se entendió que los derechos individuales quedaban bien protegidos, asegurando el derecho de participación para la igualdad en la elaboración

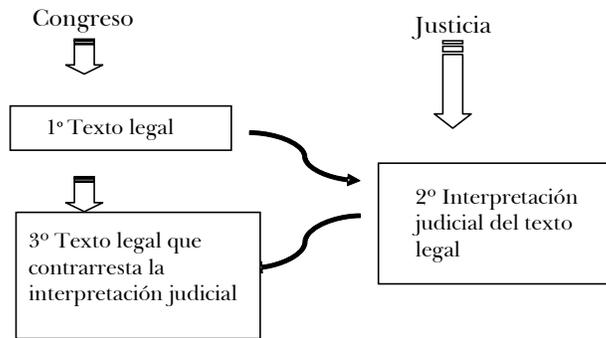
²¹ Cabría matizar la inclusión de Canadá (hasta 1982) dentro de este esquema. Es cierto que Canadá consagraba el sistema de soberanía parlamentaria, análogo al del Reino Unido; sin embargo, la práctica judicial admitió, aunque de manera excepcional, la revisión judicial de las leyes (Gamio, 2006). No obstante, la revisión judicial tuvo siempre un uso muy reducido, y se limitaba a zanjar conflictos de jurisdicción legislativa entre el Parlamento Federal y las legislaturas provinciales.

²² En sistemas constitucionales como el británico y el neozelandés, donde todas las normas están sujetas al mismo procedimiento formal de modificación, y donde no existe un texto constitucional unificado, la identificación de las normas que integran la constitución se realiza conforme a criterios “materiales”. Sin perjuicio de la autoridad moral que emana de las normas constitucionales, la flexibilidad que caracteriza a la constitución británica y neozelandesa implica que ninguna de ellas ostenta una jerarquía formalmente superior a la de las demás leyes. Es decir, una mayoría parlamentaria puede modificar la Constitución por el mismo procedimiento por el que modifica cualquier ley ordinaria.

²³ Al respecto, conviene aclarar que aunque el orden constitucional británico concede un enorme peso a las convenciones, a los precedentes y a la costumbre jurídica, también se nutre de algunos textos escritos que han sido definidos por la tradición como parte integrante de la constitución. Estos son: la *Magna Carta* de 1215, la *Petition of Rights* de 1628, la *Bill of Rights* de 1689, el *Act of Settlement* de 1701, los *Parliament Acts* de 1911 y de 1949, y la *European Communities Act* de 1972. Este dato implica que la difundida acepción, según la cual el Reino Unido cuenta con una constitución “no escrita”, no es del todo exacta. En suma, la Constitución británica comprende derecho escrito, derecho no escrito (o *Common Law*) y convenciones. Previo a la sanción de la *Human Rights Act* de 1998, ninguna de estas categorías normativas contemplaba una declaración de derechos individuales propiamente dicha.

de las leyes (Waldron, 1999). En el esquema de Westminster, pues, los derechos individuales se protegían cotidianamente a través de la inveterada práctica judicial basada en los precedentes. No obstante, si aparecía alguna situación controvertida de derechos, era el Parlamento quien tenía la última palabra. Los jueces, en este esquema, sólo podían intentar la “vía interpretativa” si estaban en desacuerdo con el Legislativo.

Figura 7
SOBERANÍA PARLAMENTARIA²⁴



El modelo de Westminster, no obstante, ha sufrido un dramático retroceso. En ese sentido, se ha dicho que el único país perteneciente a la *Commonwealth* que sigue cumpliendo con los rasgos del sistema tradicional británico es Australia (Debeljak, 2002).²⁵ Ese retroceso se debe a la aprobación parlamentaria, en 1998, de la *Human Rights Act*.²⁶ Conviene detenernos un poco en este sistema para explicar sus diferencias con el antiguo modelo de Westminster. Hay que destacar, en primer lugar, que

²⁴ Australia y Reino Unido hasta 1998, Canadá, 1867-1982, Nueva Zelanda, 1947-1999, Israel, 1948-1995.

²⁵ Esta afirmación debe matizarse, ya que Australia posee una Constitución *rígida*, aunque *sin* enumeración de derechos. Y ni siquiera es cierto esto último, pues la Constitución australiana hace referencia (escueta, es cierto) a los siguientes derechos individuales: la adquisición de la propiedad (sección 51 xxxi), el derecho al juicio por jurados (sección 80), la libertad de culto (sección 116), y el derecho a no ser discriminado sobre la base de la residencia interestatal (sección 117). Véase Dejelbak (2002).

²⁶ La *Human Rights Act* entró en vigor en el Reino Unido en el año 2000, y básicamente incorpora gran parte de la Convención Europea de Derechos Humanos al orden jurídico interno. Conviene destacar, asimismo, que la *Human Rights Act* no es la copia literal de la Convención Europea, pues el Reino Unido incorporó algunas cláusulas específicas destinadas a hacer compatible la convención con su sistema jurídico y político.

previo a la aprobación de la *Human Rights Act*, se suscitó un intenso debate en el Reino Unido, un debate centrado en las consecuencias políticas que conllevaría la incorporación de una Carta de Derechos en el sistema político británico. Ese debate reflejó dos posturas básicas: una postura optimista, que recomendaba la recepción de una carta de derechos rígida “y” un sistema de revisión judicial de las leyes, así como otra escéptica, que desdeñaba ambas posibilidades.²⁷ Finalmente, el Parlamento inglés no consagró ni una carta *rígida* de derechos, ni un modelo robusto de revisión judicial de las leyes, *pero tampoco mantuvo el tradicional modelo de Westminster*. En ese orden, el Parlamento inglés sancionó un modelo “intermedio”, que algunos autores han calificado con el nombre de “modelo constitucional del *Commonwealth*” (Gardbaum, 2001). Según esta nueva fórmula, la Carta de Derechos no es rígida, sino que puede ser enmendada por el mismo procedimiento de sanción de las leyes comunes (Debeljak, 2002). Ello no obsta, sin embargo para que la *Human Rights Act* sea considerada como de una jerarquía moral superior a las demás leyes (véase Campbell, 2001).²⁸ En segundo lugar, existe una cláusula que obliga a los ministros del gabinete a “justificar” la consistencia de *cada* propuesta de ley con la Carta de Derechos.²⁹ Nótese que esta obligación mejora el sistema canadiense, pues los ministros británicos deben justificar *siempre* sus propuestas de leyes en el recinto parlamentario, y no sólo cuando entienden que existe alguna inconsistencia, como sucede en Canadá (Hiebert, 2006: 19). Finalmente, los jueces *no tienen autoridad para invalidar las leyes* sancionadas por el Parlamento, pero sí están capacitados para pronunciar *declaraciones de incompatibilidad* de las normas. Detengámonos en esta última facultad judicial, que es importante.

En esa línea, el papel de la judicatura en este nuevo sistema surge de dos artículos principales de la *Human Rights Act*. El primero es el artículo

²⁷ El debate político se reprodujo en los foros académicos. En ese ámbito, cabe mencionar el escrito de Dworkin, “Does Britain Need a Bill of Rights?” (1996: 352-372) y la respuesta de Waldron a ese artículo: “A Right-Based Critique of Constitutional Rights” (1993: 18-51).

²⁸ Campbell se pronuncia explícitamente en favor de la mayor jerarquía de la *Human Rights Act*: “la Human Rights Act proporciona [a la European Convention of Human Rights] un estatus superior que la ley común existente” (Campbell, 2001: 80).

²⁹ Mientras que en Nueva Zelanda es el ministro de justicia el responsable de evaluar la consistencia de las propuestas de leyes, en el Reino Unido todos los ministros tienen esa responsabilidad (Hiebert, 2006: 19). Según Hiebert, tanto en Nueva Zelanda como en el Reino Unido, esta evaluación previa está a cargo de abogados expertos en jurisprudencia (véase Hiebert, 2006: 6).

3 (1), que exhorta a los jueces a que “en la medida en que sea posible, la legislación primaria y la legislación subordinada debe ser leída y aplicada de modo compatible con los derechos de la Convención”. Este requisito de “lectura compatible” es complementado por el artículo 4, que indica que ante la imposibilidad de interpretar la legislación de modo compatible con la Convención, el juez está facultado para hacer una *declaración de incompatibilidad* de la disposición legislativa con la *Human Rights Act*, una declaración que no afecta la validez de la ley declarada incompatible ni obsta para que ella produzca efectos (Hiebert, 2006: 19).³⁰

Según ha sido destacado por muchos académicos, este sistema propiciaría un genuino diálogo entre la justicia y Parlamento (véase Gardbaum, 2001: 5), asignándole responsabilidades a ambos respecto de la interpretación de los derechos. Ese dictamen, a primera vista, parece acertado. Teóricamente, la nueva fórmula británica abre la puerta a un diálogo interorgánico en tres fases: sanción de la ley (opinión), declaración de incompatibilidad (respuesta judicial), y reexamen parlamentario de la ley (réplica del Parlamento). Obsérvese que las diferencias con un modelo robusto de revisión judicial son notables: en el esquema británico, la ley declarada incompatible *sigue siendo aplicable* incluso para el caso en el que se plantea la violación de derechos (Hiebert, 2006: 19).³¹ Es decir, cuando una disposición legal es declarada incompatible por la justicia, la ley sigue ejecutándose hasta tanto el Parlamento la modifique o la derogue. Es obvio que al Congreso le resultará difícil desconocer la autoridad moral que despierta una declaración judicial de incompatibilidad, pero formalmente siempre puede hacer valer su punto de vista. Con ello, se rinde pleitesía a las credenciales democráticas del Parlamento.

³⁰ Debe entenderse, sin embargo, que la imposibilidad de invalidar leyes sólo procede respecto de la legislación “primaria”. La legislación “subordinada” puede, en cambio, ser invalidada por los jueces cuando entiendan que entra en conflicto con los derechos de la Convención. En este sentido, es importante notar que, conforme a la definición que proporciona la propia *Human Rights Act*, las leyes que emanan del Parlamento escocés y de la Asamblea de Irlanda del Norte integran esta segunda categoría de normas, con lo cual los tribunales están, en principio, facultados para invalidar las leyes de estos parlamentos cuando consideren que violan los derechos de la Convención (Klug, 1999: 255). En segundo lugar, hay que destacar que no todos los jueces tienen autoridad para realizar declaraciones de incompatibilidad. De acuerdo con el art. 4(5) HRA, ello sólo corresponde a la Cámara de los Lores, al *Judicial Committee of the Privy Council*, a la *Courts-Martial Appeal Court*, a la *High Court of Justiciary*, a la *High Court* o a la *Court of Appeals* en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte y a la *Court of Session* en Escocia.

³¹ La ley se aplica incluso en el caso que motivó la declaración de incompatibilidad. Véase *Human Rights Act 1998* (UK) c 42, s 4(6); Debeljak, 2002, nota 158.

Un sistema análogo al británico existe en Nueva Zelanda. En este país, una Carta de Derechos de características similares a la *Human Rights Act* entró en vigor en 1990. El *New Zealand Bill of Rights Act* de 1990 (en adelante, NZBRA), también fue pensado para fortalecer el sistema de protección de los derechos sin menoscabar la autoridad final del Parlamento. Así, aunque la sección 6 del NZBRA otorga un mandato a las cortes para que interpreten la legislación de modo compatible con la Carta, la sección 4 les prohíbe expresamente invalidar o dejar de aplicar las leyes aun cuando entiendan que existe incompatibilidad con la NZBRA. Ahora bien, el sistema original neozelandés no contemplaba la posibilidad de dictar “declaraciones de incompatibilidad”. Sin embargo (haciéndose eco de los contenidos de la *Human Rights Act* británica de 1998) una sentencia del órgano cúspide del poder judicial³² en 1999 entendió que el mandato de “interpretación conforme” de la sección 6 necesariamente implicaba que los jueces pudieran indicar la existencia de inconsistencias entre las disposiciones legislativas y el contenido de la NZBRA. De este modo, aunque ello no surgía expresamente del texto original de ésta, los jueces neozelandeses se atribuyeron a sí mismos la facultad de emitir “declaraciones de incompatibilidad” de características análogas a las de sus pares británicos (Gamio, 2006).

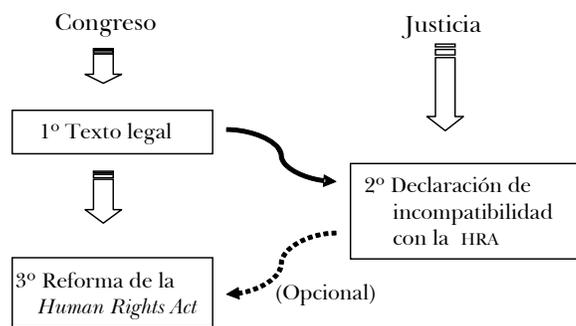
Como podemos ver, la fórmula británica y neozelandesa permite un diálogo en tres fases. Así, por hipótesis, si la justicia está en desacuerdo con una ley del Congreso, puede declarar que el texto legal es “incompatible” con la Carta de Derechos (flexible), pero una vez elegido este camino no podrá dejar de aplicarlo o declararlo inválido. Si el Parlamento aun considera que el texto legal es correcto, puede replicar de dos maneras: o bien puede reformar la *Human Rights Act* (para eliminar la incompatibilidad, pero imponiendo su criterio), o sencillamente puede omitir pronunciarse sobre la cuestión, pues en última instancia es la decisión legislativa la que prevalecerá y habrá de ser ejecutada (Debeljak, 2002, Hiebert, 2006).³³ Hay que destacar, finalmente, que para evitar los retar-

³² *New Zealand Court of Appeals*, caso *Moonen v. Film and Literature Board of Review* 2 NZLR 9 (2000). La *New Zealand Court of Appeals* era, para entonces, el Tribunal Superior en Nueva Zelanda. Desde julio de 2004 existe una nueva Suprema Corte de Nueva Zelanda.

³³ En tal caso, quien se considere víctima podrá recurrir a la Corte Europea de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo (Debeljak, 2002), que es el órgano supranacional encargado de supervisar la observancia de las disposiciones de la Convención. En ese sentido, los individuos pueden plantear sus agravios en la Corte en forma directa,

dos legislativos ante la presunta violación de derechos, la *Human Rights Act* prevé un procedimiento de enmienda rápida de la ley cuestionada (*remedial action*) que puede ser activado por el ministro competente y que requiere la aprobación del Parlamento (Gamio, 2006).³⁴

Figura 8
SOBERANÍA PARLAMENTARIA CON DECLARACIÓN JUDICIAL
DE INCOMPATIBILIDAD³⁵



Tenemos una tercera posibilidad de diálogo entre la justicia y el Congreso en el marco de constituciones flexibles. Así, es perfectamente imaginable

siempre y cuando el estado en cuestión haya aceptado el derecho de petición individual ante ésta (véase Gamio, 2006). La demanda es admisible siempre que la víctima demuestre que ha intentado sin éxito esa reparación en el marco del derecho interno de su país. Por lo demás, las sentencias del Tribunal de Estrasburgo son obligatorias para los Estados, pero tienen carácter meramente declarativo. Esto quiere decir que los fallos de la Corte no tienen autoridad para derogar leyes o disposiciones nacionales, anular sentencias o actos administrativos del país declarado responsable. De todos modos, en caso de que un Estado incumpla con las sentencias del Tribunal de Estrasburgo, se prevén algunas sanciones políticas. Así, mediante propuesta de la Comisión o de una tercera parte de los Estados miembros, y con la aprobación del Parlamento europeo, el Consejo puede suspender ciertos derechos al Estado miembro, como el del voto.

³⁴ La enmienda rápida debe ser tratada por el Parlamento antes de 120 días de ser presentada. Más aún, en el marco de esta enmienda rápida existe un procedimiento de “emergencia” (*fast-track procedure*). Así, si el ministro competente declara que la cuestión es urgente, no se requiere la aprobación del Parlamento, y la enmienda deviene operativa inmediatamente después de la declaración. Ahora bien, si esa enmienda urgente no es ratificada por el Parlamento en 120 días, dejará de surtir efecto. Asimismo, cabe destacar que si la enmienda no es ratificada, todos los actos ejecutados al amparo del procedimiento de emergencia serán considerados válidos (véase Debeljak, 2002, especialmente notas 170-174).

³⁵ Reino Unido desde 1998, Nueva Zelanda desde 1999.

un sistema en el cual la Constitución, pese a ser flexible, sea jerárquicamente superior (en el sentido moral y jurídico del término) a la ley, y que el poder judicial pueda invalidar las leyes inconstitucionales. Digamos que este sistema sería semejante al consagrado por el Reino Unido y Nueva Zelanda, con la única diferencia que ahora el juez, en vez de pronunciar una mera “declaración de incompatibilidad”, tiene autoridad para invalidar la norma legal. Este sistema ha sido sugerido por algunos autores para sortear la “dificultad contramayoritaria” (véanse Ferreres, 1997: 44; Prieto Sanchís, 2000) y, según creo, es el recogido por el Estado de Israel desde 1994. Veámoslo.

Israel tiene una constitución flexible, conformada por una serie de Leyes básicas que pueden ser reformadas por mayoría absoluta de los presentes, salvo algunas cláusulas específicas.³⁶ Durante décadas (periodo 1958-1991) el poder judicial no podía invalidar las leyes sancionadas por el Congreso israelí.³⁷ El sistema se ajustaba, por lo tanto, al de una soberanía parlamentaria del tipo de *Westminster*. Durante esta época, si la justicia estaba en desacuerdo con la decisión del Congreso, sólo le quedaba optar por la “vía interpretativa”.

Este esquema se trastocó en 1992, año en el que el Congreso israelí adoptó dos nuevas Leyes Básicas destinadas a proteger los derechos humanos: la *Human Dignity and Liberty Basic Law* (en adelante, HDL), y la *Freedom of Occupation Basic Law* (en adelante, FO).³⁸ Desde 1948 —año

³⁶ En el periodo 1958-1992, el Congreso israelí (Knesset) adoptó nueve “Leyes Básicas” que demarcaron la organización de las principales instituciones del Estado. Estas son: *Basic Law: the Knesset*, 12 LSI 85 (1958); *Basic Law: the Government*, 22 LSI 257 (1969); *Basic Law: the President of the State*, 18 LSI 111 (1964); *Basic Law: The Judicature*, 38 LSI 101 (1984); *Basic Law: the State Comptroller*, SH 1988, núm. 1237, p. 30 (1988); *Basic Law: Israeli Land*, 14 LSI 48 (1960); *Basic Law: State Economy*, 29 LSI 273 (1975); *Basic Law: The Armed Forces*, 30 LSI 150 (1976); *Basic Law: Jerusalem, the Capital of Israel*, 34 LSI 209 (1980). Algunas de estas leyes establecen cláusulas rígidas. Así, la Ley Básica *The Knesset* (1958), en su artículo 4, establece que el principio de igualdad de voto en el Congreso no puede ser modificado sino por una mayoría especial.

³⁷ Hubo, sin embargo, excepciones: así, en los casos *Bergman v. Minister of Finance* (1969) y *Agudat Derekh Eretz v. Broadcasting Authority* (1981), la Corte invalidó (para el caso concreto) normas legales consideradas incompatibles con las Leyes Básicas de Israel, y exhortó al Knesset a modificarlas de acuerdo con esos fallos. El Knesset aceptó las recomendaciones y corrigió las normas legales cuestionadas (Stephanopoulos, 2005). De todos modos, hay que decir también que en estos casos, las normas impugnadas violaban normas procedimentales. Es decir, no había derechos sustantivos comprometidos (véase Archibald, 2004: 40).

³⁸ Estas dos nuevas leyes establecieron por primera vez en la historia de Israel un conjunto de derechos humanos. Estos fueron: el derecho a la vida, el derecho a la

en que se creó el Estado de Israel—, se había interpretado que todas las leyes básicas gozaban de un estatus idéntico al de las leyes comunes. Sin embargo, en 1995, en un famoso caso jurisprudencial (caso Mizrachi), la Suprema Corte de Israel se apartó de esta tradición y consideró que las Leyes Básicas de Israel, que establecían un marco de derechos, gozaban de “supremacía sobre las leyes del Congreso”.³⁹ La decisión judicial, además, se autoatribuyó el poder de invalidar las leyes ordinarias consideradas contrarias a esas leyes básicas.⁴⁰ Esta interpretación generó un intenso debate entre el Congreso y el poder judicial, un debate que sigue candente en nuestros días. Pero la visión fue respaldada por la Corte en numerosos fallos (Barak, 2005). La Suprema Corte israelí aceptó, así, un sistema curioso: por un lado, los jueces pueden “invalidar” las leyes contrarias a la HDL o FO (y en general a todas las leyes “básicas”), pero sucede que la mayoría de estas leyes básicas son reformables por la mayoría absoluta de los miembros “presentes” en el Congreso (salvo algunos artículos específicos). De esta manera, Israel acepta una Constitución flexible, que puede ser reformada por el mismo procedimiento de sanción de las leyes comunes, pero que tiene —según interpretación jurisprudencial— una jerarquía “jurídica” superior a las leyes. De este modo, el Poder Judicial —en resguardo de ese mayor estatus— puede invalidar las leyes incompatibles con la Constitución.

En este esquema, el Congreso siempre se reserva la última palabra. Teóricamente, si está en desacuerdo con una decisión judicial de inconstitucionalidad, puede reformar por mayoría absoluta las leyes básicas y así imponer su punto de vista (véase figura 9).⁴¹

Ahora bien, la fórmula israelí no termina ahí. En 1994, un año antes del caso *Mizrachi*, la Suprema Corte había invalidado una ley (y una orden del gobierno)⁴² que prohibía la importación de carne no *kosher*.⁴³ Concretamente, la Corte sostuvo que la orden que restringía el tipo de carne

integridad personal, el derecho de propiedad, el derecho a la libertad personal, el derecho a salir y entrar del país, el derecho a la privacidad, y la libertad de ocupación. Como puede observarse, estas leyes básicas no incluyeron los derechos sociales.

³⁹ 1995, *United Bank Mizrachi v. Migdal Cooperative Village*.

⁴⁰ Hay que decir, no obstante, que en este caso la Corte terminó respaldando la validez de la ley cuestionada.

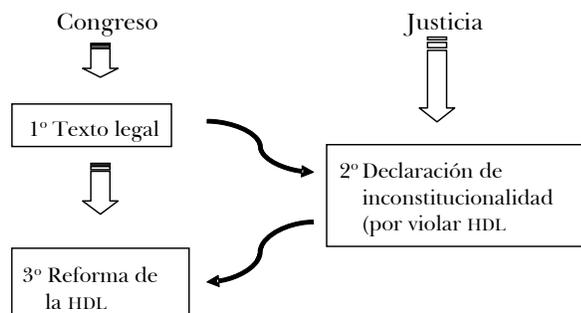
⁴¹ En la práctica, sin embargo, el Congreso israelí ha usado su poder para contrarrestar una decisión judicial de inconstitucionalidad sólo una vez, en un caso relativamente intrascendente (Barak, 2006).

⁴² *Mitrael v. Minister for Trade and Industry*, 48(ii) P.D. 844 (1994).

⁴³ La carne *kosher* es la autorizada para comer por el Talmud.

que se podía importar violaba el derecho a la libertad de ocupación. La decisión molestó a los partidos religiosos —en coalición entonces con el Partido Laborista. La mayoría del Parlamento entonces reformó la Ley Básica, incorporando una cláusula *override* en la *Freedom of Occupation Law*, una cláusula similar a la canadiense. Concretamente, las reformas al artículo 4 y 8 de la *Freedom of Occupation Law* (FO) dicen ahora que cualquier provisión legal será válida “no obstante cualquier contradicción” con la FO, siempre que la provisión legal invoque expresamente esta cláusula, y que la misma sea adoptada por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso. La ley que tuviera esta cláusula será válida por cuatro años desde el momento en que entrare en vigor. La fórmula, como vemos, es análoga a la canadiense, sólo que tiene algunas diferencias. En primer lugar, el resorte procede sólo cuando está comprometida la libertad de ocupación (y no aplica, como en Canadá, a otros derechos). En segundo lugar, el Congreso sólo puede hacer valer la cláusula si reúne la mayoría del total de miembros del Congreso (en Canadá, en cambio, basta con la mayoría absoluta de los legisladores presentes). En el caso que nos ocupa, es oportuno señalar que el Congreso volvió a sancionar la ley invalidada (*Importation of Meat Law 1994*) con la cláusula *override*, y la prohibición de importar carne no *kosher* se mantuvo (véase Archibald, 2004: 41-42).

Figura 9
 MODELO ROBUSTO CON TEXTO CONSTITUCIONAL FLEXIBLE
 (ISRAEL DESDE 1995)



Con este resorte, tenemos un modelo de diálogo sensiblemente distinto al anterior. Ahora el Congreso no necesita reformar la Ley Básica para imponer su voluntad, sino que le basta con volver a sancionar la ley —declarada inconstitucional— invocando la cláusula *notwithstanding*. De

este modo, hay espacio para una segunda clase de diálogo. El Congreso tiene margen para una “réplica” a la declaración de inconstitucionalidad. No obstante, y como sucedía con el sistema canadiense, esta posibilidad queda cancelada si el Congreso hace un “uso preventivo” de la cláusula *notwithstanding*.

2. EL DIÁLOGO INTERORGÁNICO CORTES-EJECUTIVO

Como sabemos, el Ejecutivo debe actuar en el marco de la legalidad y de la Constitución. Esto hace que las actuaciones de la administración pública puedan ser impugnadas por dos razones: por no ajustarse a la ley dictada por el Congreso, o por no ajustarse a la Constitución. Los actos administrativos, así, pueden ser impugnados a través de la acción contencioso-administrativa (cuando el acto no se ajusta a la norma legal) y a través de la acción de amparo individual (cuando el acto viola un derecho constitucional). Si lo que se busca es anular el acto administrativo por ser contrario a la ley, entonces las posibilidades del diálogo interorgánico dependen de la fuerza partidaria que tenga el Ejecutivo en el Congreso. Esto es, si un acto administrativo es declarado nulo en el marco de una acción contencioso-administrativa y el Ejecutivo no puede modificar la ley, entonces debe acatar la sentencia. La comunicación, por lo tanto, se rompe. Si, en cambio, el partido del presidente tiene suficiente apoyo legislativo como para modificar la ley marco que había respaldado la anulación del acto administrativo, entonces el Ejecutivo puede volver a insistir nuevamente con su posición.

Si por el contrario, el acto administrativo es impugnado a través de una acción de amparo constitucional (o de un recurso o acción de inconstitucionalidad), las posibilidades del diálogo interorgánico dependen del tipo de sistema que regula las relaciones entre el Congreso y las cortes. Así, si estamos en un sistema *robusto* de justicia constitucional en el marco de una Constitución rígida, y la justicia declara inconstitucional el acto administrativo, entonces la comunicación se rompe. Si estamos en el sistema canadiense y la justicia dicta la inconstitucionalidad del acto administrativo, entonces el Congreso podría “rescatar” la validez del acto, aprobando una ley idéntica al acto anulado y “blindándola” con la cláusula *notwithstanding* (Stephanopoulos, 2005: 18). Si se trata del sistema británico, el escenario es distinto, puesto que la *Human Rights Act* tiene rango de ley. Esto significa que el acto administrativo que se considere

contrario a la ley puede ser perfectamente invalidado por un juez. Si el Ejecutivo quiere insistir con su posición, entonces debe impulsar una reforma de fondo a la ley en el Parlamento. Finalmente, en un sistema como el israelí, un acto administrativo declarado inválido por un juez puede ser revalidado modificando las leyes básicas.

3. LAS CORTES Y EL PODER DE AGENDA POLÍTICA: LOS REMEDIOS ESTRUCTURALES

En todos los esquemas de comunicación hasta ahora analizados, hemos considerado a las cortes, fundamentalmente como actores *reactivos con poder de veto*, sin perjuicio de que hayamos reconocido que éstas también, en ocasiones, legislan contenidos positivos a través de la “vía interpretativa” (en todos los sistemas judiciales) o a través de sentencias “sustitutivas” o “aditivas” (sistemas robustos).

Ahora bien, en ninguno de los escenarios arriba evaluados hemos considerado la posibilidad de que las cortes se conviertan en actores con un verdadero poder de *agenda política*, esto es, actores con capacidad para obligar a las autoridades representativas (Congreso y Ejecutivo) a que aborden y den solución a ciertos problemas. Este poder de agenda comprende los siguientes aspectos: *a)* el poder de definir una situación como problemática y merecedora de atención; *b)* la facultad de obligar a las autoridades a tratar esas situaciones, a deliberar sobre las distintas alternativas de decisión y a tomar decisiones, y *c)* el poder de controlar la ejecución de las decisiones que tomen.

El poder de agenda de las cortes viene indisolublemente ligado al denominado “litigio de reforma estructural”, el cual nació en Estados Unidos en 1955, con el caso *Brown v. Board of Education*. En este caso, la Suprema Corte de Estados Unidos declaró inconstitucional un conjunto de leyes estatales que establecían que los afroamericanos y blancos fueran a escuelas públicas separadas. Pero no sólo eso: además, la Corte exhortó a las autoridades a dictar medidas administrativas tendientes a completar la desegregación y determinó que los tribunales federales *debían controlar todo el proceso*.⁴⁴ Con base en esa sentencia, los jueces inferiores ordenaron, en los años subsiguientes, el dictamen de nuevos procedimientos para la asignación de estudiantes, nuevos criterios para la

⁴⁴ *Brown v. Board of Education*, 349 U.S. 294, 301 (1955) (*Brown II*).

construcción de escuelas, obligaron a la revisión de los sistemas de transporte para acomodar nuevas rutas, exigieron la reasignación de recursos entre escuelas, la modificación de los programas de estudios, la revisión de los programas de deportes interescolares, nuevos sistemas de monitoreo del rendimiento escolar, y mucho más. Los jueces no sólo invalidaron normas, no sólo se alzaron como legisladores negativos, sino que ordenaron a las autoridades públicas administrativas a fijar planes, sentar prioridades, reformar estructuras administrativas del Estado, reacomodar el personal, y crear partidas presupuestarias suplementarias.

El caso *Brown* fue tomado como modelo por muchos jueces, quienes reprodujeron el *modus operandi* para reformar otras áreas administrativas del Estado (hacinamiento en las cárceles, ineficiencia administrativa, entre otras). El fenómeno suscitó la reflexión de políticos y académicos, quienes comenzaron a debatir sobre la legitimidad de los jueces para dictar este tipo de remedios anómalos, no meramente anulatorios.⁴⁵

El propósito del litigio de reforma estructural es *remover las condiciones estructurales de una situación de hecho que amenaza o es contraria a algún valor constitucional*. En algunos casos, la clausura de una institución puede ser la solución. En otros, como los que involucran a las escuelas, las prisiones, las agencias de prestación social o los departamentos de policía, esa opción no es viable. Entonces el remedio requiere nada menos que la reorganización de la agencia. En otras ocasiones, la Corte puede declarar la “inconstitucionalidad por omisión legislativa”⁴⁶ o “el estado de cosas inconstitucional”,⁴⁷ y exhortar al Congreso (o al Ejecutivo) a que en un plazo razonable dicte una ley o reglamento, o elabore un plan de acción o cree una estructura administrativa que antes no existía. En esas recomendaciones, la Corte puede fijar algunos parámetros generales a los cuales debe sujetarse la autoridad. Las restricciones que fijan los jueces acerca de la manera de operar de la organización, de sus dinámicas de

⁴⁵ Fueron los trabajos de Abram Chayes (1976) y Owen Fiss (1979) —de un lado— y Lon Fuller (1978) —del otro— los que sentaron los términos del debate académico.

⁴⁶ El primer país en consagrar como remedio la “inconstitucionalidad por omisión legislativa” fue la República Socialista Federativa de Yugoslavia (Constitución de 1974). Los otros dos países son Portugal (Constitución de 1976) y Brasil (Constitución de 1988).

⁴⁷ La figura del “estado de cosas inconstitucional” fue creada por la Corte Constitucional colombiana (Sentencia SU-559 del 6 de noviembre de 1997). Según la Corte, cabe hacer esa declaración cuando se detectan situaciones generalizadas de vulneración de derechos —civiles y sociales—, situaciones que tienen su origen en ciertas condiciones estructurales.

poder, del conocimiento técnico en ellas comprometido, invariablemente conducen a un “ciclo” de intervenciones y no a “una” sola intervención; es decir, se desarrolla una relación de supervisión de larga duración entre el juez y la institución. El rendimiento institucional puede ser monitoreado y nuevas estrategias fraguadas para asegurar que las actuaciones de la organización se mantengan entre los límites constitucionales. Incluso los jueces pueden crear o nombrar agentes especiales, o representantes judiciales (*special masters*), para asistir en esas tareas.

Es importante destacar que, bajo los remedios estructurales, el juez constitucional no se limita a impartir justicia para casos particulares mediante una sentencia que tiene efectos de cosa juzgada *inter partes*, ni a plantear la inconstitucionalidad de una norma con efectos generales, ni meramente a declarar la “inconstitucionalidad por omisión legislativa”. En estos casos, en cambio, la Corte asume una verdadera dimensión política, erigiéndose en un agente con *poder de agenda*, al llamar la atención a los representantes políticos, convocar a audiencias públicas, obligarlos a tomar decisiones bajo ciertos parámetros, y controlar todo el proceso de decisión y ejecución. Su fin último no es el de pronunciar *la última palabra*, sino el de servir de catalizador a la actividad administrativa del Estado, a fin de modificar una realidad social que es contraria a los principios constitucionales.⁴⁸

El modelo de reforma estructural transforma radicalmente la idea tradicional de la justicia y crea una vía alternativa para el diálogo interorgánico. En vez de forjar una comunicación dialéctica, en la que las autoridades hablan y actúan separadamente en distintas fases de tiempo, el litigio de reforma estructural crea las condiciones para que el diálogo interorgánico sea un proceso cooperativo y continuado en el tiempo, que empieza antes de la toma de decisiones por parte de las autoridades representativas (por ejemplo, a través de audiencias públicas), sigue durante el proceso de ejecución (a través de mecanismos de monitoreo) y puede continuar después de llevado a cabo el plan de gobierno (a través de sanciones y remedios singulares). En este modelo, pues, el diálogo interorgánico es activado por la Corte, que asume sólo un papel de catalizador del cambio social.

⁴⁸ Hay que destacar que los remedios estructurales son y pueden ser canalizados tanto por acciones de amparo individuales, acciones de amparo en protección de intereses difusos, acciones de clase y acciones de amparo “colectivo”. Es el juez el que tiene la misión de decidir cuándo estamos ante una violación estructural a los derechos constitucionales.

4. UNA CRÍTICA A LAS FORMAS DE DIÁLOGO INTERORGÁNICO EXISTENTES

¿Satisfacen estos canales de diálogo interorgánico nuestros compromisos democráticos? Según intentaré demostrar, la respuesta es negativa, tratándose de las formas de comunicación dialéctica en las que las cortes actúan básicamente como agentes reactivos con poder de veto (puntos 1 y 2). Y la respuesta es positiva, tratándose de los remedios estructurales (punto 3), en los cuales la Corte actúa fundamentalmente como un actor con poder de agenda.

Comencemos, pues, por las formas de comunicación dialéctica (puntos 1 y 2). Según creo, ninguno de los canales existentes tiene virtualidad para engendrar un genuino *diálogo democrático*. Para que exista meramente un *diálogo* se requiere: 1) que cada una de las partes ofrezca efectivamente razones en apoyo a su decisión, razones *destinadas a convencer al contrincante*. Así, una decisión que simplemente diga: “censúrese la publicación de imágenes religiosas con fines difamatorios” no es, estrictamente hablando, una “opinión”, si no va precedida de una batería de “razones justificativas”, encaminadas a convencer a quien tiene que cumplir con la orden. Se supone que el diálogo se configura cuando las personas parten de un desacuerdo y están obligadas a convencer a la otra para tomar una decisión. Así, si una de las personas no enfrenta las razones ofrecidas por el otro, y luego “actúa” contradiciendo esa opinión, entonces no hay diálogo; lo que hay es más bien una “conducta” de indiferencia al parecer del otro, o una conducta oportunista, y 2) el diálogo tiene que ser “libre” y centrado en razones justificativas. De esta manera, si el desacuerdo del que parten los contrincantes es, o bien sobre cláusulas abstractas ambiguas o vagas, o bien sobre la interpretación y el alcance de los derechos constitucionales en situaciones concretas de vulneración, lo deseable es que los participantes puedan esgrimir argumentos destinados a definir el alcance de los derechos y a esclarecer la medida en que esas situaciones vulneran (o no) esos derechos. Si, en cambio, una de las partes estuviera obligada a reconocer que la otra tiene razón, o tuviera proscrita la invocación de “razones-basadas-en-derechos”, entonces no existe el diálogo, o bien decimos que se trata de un diálogo severamente atenazado.

Para que el intercambio de opiniones no sea meramente un diálogo, sino además un diálogo *democrático*, es necesario considerar el contexto de *inclusión y participación* en pie de igualdad en que se desarrolla la comunicación entre los participantes. Teóricamente, el ideal de la demo-

cracia deliberativa exige que todos los afectados por una decisión tengan la oportunidad de participar y exponer sus puntos de vista, y que cada opinión tenga un mismo valor en la determinación del resultado final. Nadie ignora que, en las democracias modernas, donde las decisiones legislativas afectan a millones de habitantes, resulta imposible reunir en una asamblea a todos los afectados (véase Stuart Mill, 1998; Dahl, 1991). El sistema político trata de salvar este escollo democrático acudiendo a la idea de la representación política, según la cual los ciudadanos eligen a sus representantes para que deliberen y adopten las políticas en su nombre.⁴⁹ Es evidente que se trata de un sistema imperfecto, pero no pretendo entrar aquí a analizar los problemas que suscita la representación política. Asumiré más bien que el proceso legislativo es representativo y, como tal, democrático o, al menos, *más* democrático que cualquier otro sistema de toma de decisiones. Según creo, el papel que tiene la representación es esencial para verificar si existe un diálogo democrático entre las cortes y el Congreso. Teóricamente, si es el Congreso quien tiene la última palabra, la decisión que se tome tras el diálogo interorgánico tendrá credenciales democráticas, pues la decisión que prevalece es aquella que emana del procedimiento que respeta *mejor* el derecho de participación en pie de igualdad. Si en cambio es la justicia constitucional la que tiene la última jugada, entonces la decisión que se adopte gozará de títulos democráticos más débiles, pues el vínculo representativo de los jueces y el pueblo es más endeble.

A la luz de estos criterios, considero que ninguna de las formas de comunicación dialéctica analizadas en los puntos 1 y 2 de este artículo configura una genuina deliberación interorgánica de carácter democrático.

La “vía interpretativa” es deficitaria como canal de diálogo por cuanto los jueces suelen acudir a ésta de manera subrepticia; es decir, rara vez los jueces abordan públicamente las razones de las leyes con las que están en desacuerdo, rara vez indagan en los debates legislativos y las exposiciones de motivos para dar una respuesta al Congreso. Sucede más bien lo contrario: cuando los jueces discrepan con una disposición legal, o con la manera en que ésta viene siendo aplicada, entonces “asignan” una nueva interpretación al texto legal, simulando o asumiendo que ése es el significado pretendido por el legislador. El resultado es que los jueces

⁴⁹ Sobre el concepto de representación, véase Pitkin (1985). Sobre la relación entre el concepto de representación política y el ideal de la democracia deliberativa, véase Martí (2006).

no confrontan las razones ofrecidas por los legisladores, y entonces no es posible hablar de un diálogo interorgánico. Si cabe la expresión, más que diálogo interorgánico lo que existe es un intercambio de acciones oportunistas.

El sistema canadiense tampoco tiene potencialidad para configurar un genuino diálogo democrático.⁵⁰ En principio, si el Congreso hace un uso “preventivo” de la cláusula *notwithstanding*, no hay diálogo posible, porque la Suprema Corte no puede contestar con una declaración de inconstitucionalidad. También resulta forzado considerar en un ejemplo de diálogo el empleo “represivo” de dicha cláusula; la razón es que su uso veda al Congreso la invocación de argumentos basados en derechos. Permítanme explicarlo con un caso. Imaginemos que el Congreso canadiense sanciona una ley sin la cláusula *notwithstanding*, y esta norma más tarde es declarada inconstitucional por el Poder Judicial, en una sentencia en la que se exponen puntillosamente las razones justificativas de la decisión.⁵¹ Si el Congreso está en desacuerdo con ésta, dijimos que puede invocar la cláusula para revalidar la ley. Ahora bien, sucede que la invocación de la cláusula *notwithstanding* limita la clase de razones justificativas que el Congreso puede esgrimir. Y es que si una sentencia judicial declara que la ley viola algún derecho constitucional, en el sistema canadiense el Congreso “está obligado” a aceptar el contenido de esa declaración. La sentencia judicial tiene, por decirlo así, un valor epistémico. El Parlamento está obligado a decir que la ley “es válida no obstante los derechos constitucionales” y no podrá argumentar lo contrario, ni podrá esgrimir (lo que aquí llamo) “razones-basadas-en-derechos”: podrá imponer su decisión, pero sin argumentos de derechos, ¡justamente aquellos argumentos que queremos que prevalezcan en cualquier deliberación pública! El Parlamento, naturalmente, podrá esgrimir cualquier otra clase de argumentos (por ejemplo: argumentos utilitaristas, perfeccionistas,

⁵⁰ Tan es así que Peter Hogg y Allison Bushell, quienes en 1997 declararon que el sistema canadiense era capaz de engendrar un genuino diálogo entre las cortes y el Parlamento (Hogg y Bushell, 1997), recientemente acaban de sacar un artículo en el que sostienen que se trata de una metáfora que alude al poder del Parlamento canadiense para revocar, modificar, o eludir una sentencia de inconstitucionalidad de la Corte (Hogg *et al.*, 2007).

⁵¹ En principio, el hecho de que el Congreso tenga autoridad para replicar obliga a los jueces a defender con rigor sus argumentos, pues saben que éstos serán evaluados críticamente por los legisladores y el público en general a la hora de decidir si emplear o no la cláusula. Es de esperar, por lo tanto, que ello tenga algún efecto en la calidad de la argumentación judicial.

basados en objetivos colectivos), pero se tratará de un diálogo atenazado, coartado.

Por otra parte, el hipotético intercambio de argumentos que se da entre el Parlamento canadiense y la Corte tiene efectos nocivos para la estabilidad jurídica. En la fórmula canadiense, la Corte y el Congreso no discuten *antes* de tomar una decisión, sino que cada una “habla” y “actúa” en tiempos distintos. Esto significa que cuando el Congreso sanciona un texto legal, ese texto pasa a ser obligatorio, y produce efectos concretos: crea, modifica, o extingue derechos. Si más tarde la Corte anula el texto por considerarlo inconstitucional, la Corte también actúa: revoca una decisión, y al hacerlo, produce efectos jurídicos concretos.⁵² Cabe pensar, por lo tanto, que las consecuencias de este intercambio de acciones para la estabilidad social y la seguridad jurídica no son muy halagüeñas. Según creo, estas idas y vueltas, cuando se producen en un lapso breve de tiempo, producen una sensación generalizada de que el derecho es un objeto a manipular, además de que suscitan innumerables controversias jurídicas vinculadas con la retroactividad de la ley y los efectos de la cosa juzgada.⁵³

El sistema británico, por su parte, tampoco está libre de dificultades. En la fórmula británica, las declaraciones de incompatibilidad obligan a los jueces a aplicar la ley. Esta obligación genera incentivos perversos, pues nadie quiere cumplir una ley que considera injusta. No es nada raro, entonces, que los jueces eviten las declaraciones de incompatibilidad y prefieran, en vez de acatar la decisión del Congreso, ensayar una interpretación distinta a la literal, una interpretación, digamos, forzada. Pero este atajo, hay que decirlo, elude el diálogo, porque los jueces no enfrentan públicamente los argumentos del Legislativo, sino que discreta y disimu-

⁵² Es cierto, no obstante, que la Corte canadiense ha hecho un uso frecuente de las declaraciones de inconstitucionalidad con efectos retardados, esto es, sentencias que entran en vigor sólo después de pasado un cierto plazo (véase Hogg *et al.*, 2007: 14-18). Este tipo de sentencias encaja con el modelo de litigio estructural, porque convierte a la Corte en un actor con poder de agenda: la Corte concede un plazo para que las autoridades representativas deliberen y decidan cómo sustituir o regular las normas declaradas inconstitucionales.

⁵³ Para mitigar estas consecuencias indeseables, la Corte en ocasiones echa mano de un resorte utilizado por algunos tribunales constitucionales europeos: la declaración de inconstitucionalidad con suspensión de los efectos abrogatorios. Es decir, el alto tribunal canadiense procura evitar el desorden y la inseguridad jurídica, declarando que determinada ley es nula, pero posterga la entrada en vigor de los efectos nugatorios de la sentencia. Ello evita los efectos perniciosos para la seguridad jurídica y otorga un plazo al Congreso que le permite evaluar el dictamen de políticas alternativas (véase Liston, 2005).

ladamente cambian el significado de la ley. Una conducta semejante califica como una conducta oportunista y no como una acción comunicativa: no se desafían las razones del Congreso, sino que se “modifica” calladamente la decisión del legislador.⁵⁴ Es importante destacar que, aunque todavía incipiente, esta práctica desarrollada por los tribunales no está dando señales de revertirse.⁵⁵ Vale apuntar como dato ilustrativo que durante el periodo 2000-2005 se registraron 15 declaraciones de incompatibilidad, de las cuales cinco fueron revocadas al ser apeladas (Gamio, 2006).

Ahora bien, cuando los jueces finalmente emplean las declaraciones de incompatibilidad, las posibilidades del debate interorgánico se ensanchan prodigiosamente. Y es que, cuando el juez dicta una declaración de incompatibilidad, enfrenta deliberada y abiertamente las razones del Legislativo. Aun así, hay que decir que ni siquiera en estos casos el sistema británico es completamente satisfactorio. El principal problema del sistema inglés radica en que *el Parlamento no está obligado formalmente a responder a los argumentos judiciales*, a menos que se active un procedimiento de enmienda rápida,⁵⁶ que es facultad discrecional del ministro competente (Hiebert, 2004: 40). Ello significa que, en la mayoría de las declaraciones de incompatibilidad, la comunicación es sólo de dos fases, y no de tres. El Parlamento entonces tiene incentivos para hacer caso omiso de la declaración de incompatibilidad, pues en última instancia es su voluntad la que prevalecerá.

La combinación israelí de Constitución flexible con un modelo robusto de justicia constitucional tampoco es propensa a generar un genuino diálogo interorgánico de carácter democrático. Dijimos que el sistema israelí permite que el Congreso reforme la Carta de Derechos (HDL y FO) si quiere revocar una decisión de inconstitucionalidad que considera incorrecta. Esta posibilidad, teóricamente, podría precipitar una discusión interorgánica, pero en la realidad genera la sensación de

⁵⁴ Esta fue, por ejemplo, la aproximación de la justicia británica en el caso *R. v. Offen* (1 WLR 253 CA).

⁵⁵ Un caso paradigmático en el Reino Unido es *Ghaidan v. Godin-Mendoza* (30 UKHL, 2004). En Nueva Zelanda, las decisiones judiciales más controvertidas han evitado el uso de la declaración de incompatibilidad y han echado mano a la facultad interpretativa de los jueces para avanzar decisiones contrarias a la intención del legislador. Los dos casos más citados en este sentido son *R. v. Butcher* —2 NZLR 257 (1992)—, y *Simpson v. Attorney-General* —3 NZLR 667 (1994).

⁵⁶ *Human Rights Act* 1998, art 10.

que los derechos formulados son meras palabras a ser manipuladas estratégicamente, y no *premisas a partir de las cuales razonar sobre determinadas propuestas políticas*. Según creo, las cláusulas abstractas de derechos dan contenido a la idea de “razón pública”, pues operan como razones a partir de las cuales discutir distintas propuestas de decisión. Ahora bien, cuando —con el propósito de vetar una decisión judicial— el Congreso reforma una cláusula abstracta de derechos e incorpora especificaciones concretas, altera el carácter normalmente universalizable de las cláusulas de derechos, con lo cual éstas pierden su potencialidad para officiar como razones imparciales. La Carta de Derechos pasaría así a ilustrar uno de los usos estratégicos de la argumentación más reprochables: cambiar estratégicamente los principios para justificar la voluntad política. Ligado a eso, la fórmula israelí tiene consecuencias perniciosas para la técnica legislativa, pues las respuestas del Congreso obligan a incorporar en la Carta de Derechos especificaciones que operan como excepciones o interpretaciones de los derechos en situaciones concretas. Esta estrategia, a largo plazo, puede llevar a transformar a la Carta de Derechos en un documento escrupuloso y detallista. Ello la desnaturalizaría y dejaría de ser un documento de principios para transformarse gradualmente en un código minucioso de instrucciones concretas.

Es poco lo que puede decirse del diálogo interorgánico fomentado por los modelos robustos de justicia constitucional. Según vimos, son dos los canales de diálogo que los modelos robustos pueden precipitar. El primero aparece cuando la justicia opta por la vía interpretativa. El segundo aparecía con los mecanismos de consulta legislativa. Según creo, el problema más grave de los modelos robustos de revisión judicial no reside en el diálogo, sino en el carácter *democrático* de dicho diálogo. En efecto, los modelos robustos de revisión judicial configurarían ejemplos de un diálogo interorgánico *no democrático*, pues quien toma la decisión final es un órgano que no respeta el derecho de participación en pie de igualdad (véase Waldron, 1999; 2006). Esto contrasta con las fórmulas canadiense, británica e israelí, en las cuales los rasgos deficitarios residían en el componente de *diálogo*, y no en el carácter democrático del sistema.

En relación con el litigio de *reforma estructural* (punto 3), la situación es completamente distinta. Las posibilidades de un diálogo interorgánico genuinamente democrático bajo el modelo estructural son promisorias. Esto es así porque los remedios estructurales consisten en sentencias que obligan al gobierno no a reparar los derechos vulnerados o a satisfacer

inmediatamente las necesidades comprometidas, sino a *planificar, presupuestar, ejecutar y monitorear programas gubernamentales de largo, mediano y corto plazo conducentes a la realización progresiva de los derechos involucrados*. Bajo los remedios “estructurales”, pues, no se vulnera la dignidad democrática del gobierno ni se cancela la deliberación democrática, sino que, por el contrario, ambas quedan fortalecidas. Como dijimos, los jueces cuando aplican estos remedios, no tienen la última palabra, porque el encargado de planificar, presupuestar y ejecutar el programa social seguirá siendo el gobierno democrático. Esta fórmula remedial, en vez de debilitar la discusión democrática promueve la deliberación interorgánica, porque la justicia participa en un proceso de diálogo con las ramas políticas en la elaboración del plan, señalando parámetros, exigiendo razones y discutiendo prioridades. La fórmula promueve la deliberación interorgánica en el proceso de ejecución, así como la rendición de cuentas, porque la justicia controla las distintas fases del proceso de instrumentación.⁵⁷

El gran obstáculo del litigio de reforma estructural reside, sin embargo, en que depende de la buena voluntad de los magistrados, así como de la existencia de resortes jurídicos apropiados: acciones de legitimación colectiva o grupal como la acción de amparo colectivo, el amparo por intereses difusos o las acciones de clase; remedios como la inconstitucionalidad por omisión legislativa o administrativa, las sentencias de inconstitucionalidad con efecto retardado o “plazo de espera”, y resortes como la facultad de convocar audiencias públicas para la resolución de casos estructurales, el reconocimiento del instituto del *amicus curiae*, y la posibilidad de establecer controles periódicos de monitoreo administrativo. En culturas jurídicas afianzadas en la imagen del juez constitucional como un mero legislador negativo, y que conciben al litigio de una manera tradicional, esto es, centrada en la reparación del daño individual y en la sanción de la conducta individual ilícita, resultará difícil que el litigio de reforma estructural tenga alguna plausibilidad.

⁵⁷ El control de estas fases puede ser más o menos intensivo. Así, es menos intensivo cuando es a instancia de partes interesadas, y es más fuerte cuando el juez controla de oficio (requiriendo la presentación de informes periódicos, modificando plazos de ejecución y citando a los operadores).

Cuadro 1
PROBLEMAS DE LAS FORMAS DE DIÁLOGO INTERORGÁNICO EXISTENTES

<i>Canales de diálogo interorgánico</i>	<i>¿Tiene potencialidad para engendrar un genuino diálogo?</i>	<i>¿Tiene la mayoría del Congreso la última palabra institucional?</i>
Fórmula canadiense	No, porque cuando el Congreso emplea la cláusula <i>notwithstanding</i> con carácter represivo está obligado a aceptar que la sentencia de la Corte tiene valor epistémico (en lo que respecta a los derechos violados), y ni siquiera está obligado a dar otra clase de razones para hacer uso de la misma.	Sí (haciendo uso de la cláusula <i>notwithstanding</i>)
Fórmula británica	No, porque el Congreso no está obligado a responder públicamente a las declaraciones de incompatibilidad. Con ello, el Congreso tiene incentivos para omitir la confrontación pública de argumentos.	Sí (omitiendo discutir en sede legislativa la declaración judicial de incompatibilidad o al reformar la carta de derechos)
Fórmula israelí	No, porque la reforma a la Carta de Derechos generaría la sensación de que las cláusulas de derechos son fórmulas a ser manipulables. La reforma a la Carta de Derechos pasa a ser la expresión de un uso estratégico de la argumentación, consistente en cambiar los principios para justificar las decisiones políticas.	Sí (mediante la reforma a la Carta de Derechos)
Vía interpretativa	No, porque ésta de hecho se emplea estratégicamente, eludiendo la confrontación de las razones ofrecidas por el Congreso.	Depende del sistema. No en un modelo robusto de justicia constitucional en el marco de una Constitución rígida.
Consulta legislativa (modelos robustos de revisión judicial)	Sí	No
Litigio de reforma estructural	Sí. La Corte actúa sólo como actor con <i>poder de agenda</i> . Su viabilidad depende de la voluntad de los magistrados y de la existencia de resortes jurídicos apropiados	Sí

Fuente: Elaboración propia.

5. PROPUESTAS DE REFORMA PARA FOMENTAR EL DIÁLOGO INTERORGÁNICO

El ideal para fomentar el diálogo interorgánico de carácter dialéctico, a mi modo de ver, sería el de un sistema con declaraciones judiciales de “incompatibilidad”, pero con algunas añadiduras. En primer lugar, el sistema debería exigir, como efectivamente exige la *Human Rights Act* británica, la justificación pública de la consistencia de cada propuesta de ley con la Carta de Derechos. En segundo lugar, el sistema podría complementarse perfectamente con un precepto que *obligue* al Parlamento, o a alguna comisión legislativa, a reexaminar la disposición legal declarada incompatible.⁵⁸ Ese nuevo examen debería dar lugar a una decisión “razonada” (de aceptación o rechazo de la declaración judicial), que debería ser publicada en el boletín oficial y podría adicionalmente ser dada a conocer en medios masivos de comunicación. Todavía más: cabría pensar en la posibilidad de que los jueces ordinarios puedan declarar la invalidez de las leyes antiguas, esto es, las que no han sido aprobadas por el Congreso en turno. Ello significa que los jueces ordinarios tendrían dos facultades: la de declarar la *incompatibilidad* de las leyes contemporáneas, y la de declarar la invalidez (inconstitucionalidad) de las leyes no contemporáneas.

Cabría pensar, además, en la posibilidad de combinar las declaraciones de incompatibilidad con un sistema parecido al canadiense. En ese sentido, creo que no sería nada descabellado delinear un esquema en el cual los jueces inferiores a la Suprema Corte (o Tribunal Constitucional) puedan pronunciar únicamente declaraciones de incompatibilidad (respecto de las leyes contemporáneas), y conferir la facultad de veto (revisión judicial) sólo al alto Tribunal. Bajo un sistema semejante, la autoridad del Congreso en turno se mantendría inalterable, mientras

⁵⁸ Una disposición semejante puede encontrarse en la *Human Rights Act* de la Capital del Territorio Australiano (*Australian Capital Territory's Human Rights Act ACTHRA*). Concretamente, la ACTHRA dispone que cuando un juez dicta una declaración de incompatibilidad, el fiscal general (que forma parte del gobierno) debe inmediatamente notificar al Parlamento (en 60 días después de la declaración judicial), y en seis meses debe preparar y presentar en la Asamblea legislativa una respuesta a la sentencia judicial. Esta cláusula exige al gobierno explicar qué es lo que piensa de la legislación interpretada como violatoria de derechos: ¿debe reformar la ley, o el gobierno considera que la norma cuestionada salvaguarda los derechos? A diferencia del sistema del Reino Unido y Nueva Zelanda, el gobierno de la capital australiana tiene la obligación de responder a las declaraciones de incompatibilidad (Hiebert, 2006:22).

los casos judiciales transitan por las instancias judiciales inferiores, y sólo cuando el caso llega por vía recursiva a la Corte o Tribunal, éste tendría autoridad para vetar (con efectos invalidantes) la norma legal cuestionada. De este modo, las declaraciones de incompatibilidad de los jueces inferiores pueden funcionar como un mecanismo de alerta que le advierte al Congreso que si el caso llega al alto Tribunal, la decisión política tiene probabilidades de ser vetada. Con este esquema, el Congreso tiene tiempo para ensayar otras políticas alternativas, o comenzar a articular una defensa razonada de la política cuestionada. Además, bajo este sistema, el Congreso *tiene incentivos para contestar*, porque sabe que de no obrar responsablemente, el alto Tribunal puede terminar vetando la decisión política. De hecho, cabe esperar que, cuando el caso llegue a la Suprema Corte, ésta tenga en consideración la conducta deliberativa del Congreso frente a las declaraciones de incompatibilidad dictadas por las instancias judiciales inferiores. Junto a ello, la Corte debería tener recursos a su disposición para mitigar las confrontaciones con el Congreso. En ese sentido, las declaraciones de inconstitucionalidad “con plazo de espera” o efecto retardado (esto es, sentencias que producen efectos invalidatorios después de transcurrido un cierto plazo) parecen sumamente apropiadas en este contexto.

Ahora bien, cabe pensar que, aun en el caso en que la Corte opte por vetar la norma legal cuestionada, el Congreso *debe siempre tener la última palabra institucional*. Cabría pensar, en ese sentido, en la posibilidad de que el Congreso (federal) pueda echar mano de una suerte de cláusula *override* para hacer valer su postura.⁵⁹ Según creo, la invocación de esa cláusula debería cumplir con ciertos recaudos. Así, cabría estipular la obligación del Congreso de responder públicamente, en una audiencia pública, a todos los argumentos vertidos por la Corte Suprema, incluso a los argumentos basados en derechos. En esa audiencia cabría dar voz (pero no voto) a otros actores, como académicos o científicos que hayan tratado con rigor y seriedad la cuestión de derechos involucrada. Después de esta audiencia, una vez oídas todas las posturas, el Parlamento

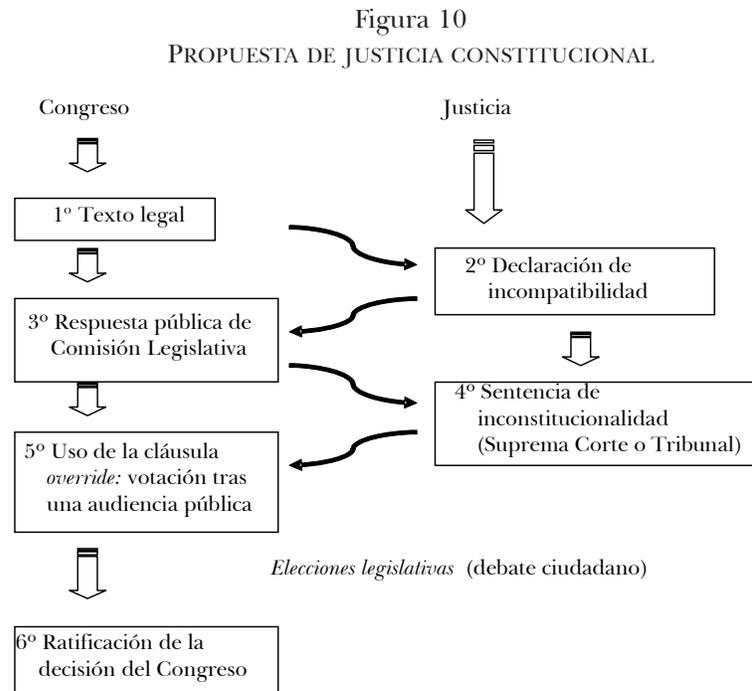
⁵⁹ Cabría en este sentido adoptar la fórmula sugerida por Tushnet. Según este autor, la cláusula *override*, en vez de expresar que la ley es válida “no obstante los derechos violados”, debería decir que la ley se aplica “no obstante la interpretación judicial de los derechos en juego” (véase Tushnet, 2003b; Waldron, 2004). En caso de que el Estado sea federal, resultaría apropiado otorgar el poder de *override* sólo al Congreso federal y no, como sucede en Canadá, al Parlamento federal y a las legislaturas estatales (véase Stephanopoulos, 2005).

podría volver a debatir la cuestión y someterla a votación. Finalmente, cabría estipular que el uso de esta suerte de cláusula *override* deberá tener efectos temporales, es decir, cabría pensar que la decisión del Congreso que revalida una norma (previamente declarada inconstitucional por la Corte) tenga vigencia hasta la formación de una nueva legislatura electa, que estaría obligada a ratificar la decisión del Congreso anterior. Un sistema como éste, ciertamente, no garantiza en absoluto el surgimiento de un genuino diálogo, pero ofrece incentivos para que la deliberación sea más *probable*, a la par que deposita la última palabra institucional en el Congreso.⁶⁰

La otra vía de reforma consiste en fortalecer el litigio de reforma estructural. En esa línea, podemos destacar que en muchos países de América Latina no existen vías jurídicas idóneas para incentivar el uso de remedios estructurales, y los jueces constitucionales se resisten a innovar. Así, la mayoría de los países admite la legitimación para accionar en representación de intereses difusos, pero en muy pocos se admite la legitimación individual para accionar colectivamente en representación de “intereses individuales homogéneos”. Salvando los casos de Argentina, Brasil y Colombia, los intereses individuales generalizados que tienen un origen común en una “situación estructural” de vulneración de derechos deben reclamarse a través de acciones individuales que, como mucho, pueden ser acumuladas en un mismo juicio (véase figura 10).

Por otra parte, en la mayoría de países latinoamericanos no existen provisiones jurídicas específicas que autoricen a los jueces a dictar remedios estructurales, a convocar audiencias públicas con las autoridades políticas, o a exigir la reforma de ciertas estructuras administrativas. Se considera que la organización administrativa es una “zona de reserva” al arbitrio del gobierno, y que las políticas públicas de largo plazo no pueden estar sometidas al control de la justicia. Sólo dos posibilidades son viables en esta cultura jurídica: la fuerza coercitiva para anular actos

⁶⁰ Desde luego, esta propuesta deja muchas preguntas abiertas, que aquí decidí no desarrollar por falta de espacio. Por ejemplo: ¿qué efectos debe tener la sentencia de la Corte Suprema: *erga omnes* o *inter partes*? ¿Quiénes están legitimados para recurrir ante la Suprema Corte? ¿La Suprema Corte debe tener el control de la agenda? ¿Cabe fijar un plazo para el uso de la cláusula *override*? ¿Puede el Congreso hacer un uso preventivo de la cláusula *override*? ¿Qué efectos tiene su uso sobre los derechos adquiridos al amparo de la sentencia de la Corte? He optado por no responder a estas preguntas no porque las considere superfluas, sino porque quise centrarme en los rasgos más generales del sistema para el fomento de la deliberación pública. Una propuesta institucional concreta requerirá, naturalmente, responder a estas preguntas.



administrativos ilegales, para exigir actos o prestaciones singulares y concretas (por ejemplo, la provisión de medicamentos al enfermo de sida que plantea un amparo), o la pasividad y deferencia frente a las políticas generales del Estado. Cualquier intromisión de la justicia en la regulación de políticas públicas de largo alcance, así sea con espíritu cooperativo, se ve como sospechosa. Pero esto es desafortunado, porque estamos hablando de privaciones generalizadas y manifiestas de los derechos constitucionales, que existen precisamente debido al mal funcionamiento o la desidia de las estructuras estatales.

Un remedio jurídico interesante —propicio para la reforma estructural— es la “declaración de omisión legislativa”, que puede hacerse valer a través de una acción de inconstitucionalidad directa (como en Costa Rica y Brasil), o —teóricamente— a través de la acción de amparo colectivo (en Argentina), o incluso a través de la acción de amparo individual (como sucede en Colombia, cuando la Corte detecta un “estado de cosas inconstitucional”). Este remedio, para ser verdaderamente estructural, no puede ser meramente declarativo, esto es, no se debe limitar a declarar la omisión legislativa, sino que debe acompañar el remedio con la fijación

de unos parámetros o directrices a la luz de los cuales el Legislativo (o el Ejecutivo) debe obligatoriamente legislar o reglamentar en determinado plazo. En esta opción, el juez no le dice qué medidas concretas tomar, sino que señala una serie de principios y alternativas para que el Congreso decida con un margen de libertad. Es necesario que la Corte orqueste audiencias públicas para que participen distintos sectores interesados en la elaboración del programa. Salvando algunos países (Argentina, Brasil, Colombia), las audiencias públicas o bien no están autorizadas por ley, o no se utilizan en la práctica. Asimismo, resulta indispensable autorizar e incentivar el planteamiento de *amicus curiae* (véase cuadro 2).

Finalmente, cabe pensar que muchas provisiones del amparo judicial en América Latina fueron pensadas bajo el marco cognitivo del modelo de adjudicación tradicional, y por ello en ocasiones obstaculizan el surgimiento de los remedios estructurales. Así, la brevedad de los plazos para interponer la acción de amparo (quince, o veinte días, o un mes desde que ocurrió el hecho, la mora o el acto) no se justifica dentro de un modelo estructural de litigación. Tampoco se justifican las rígidas cláusulas para admitir la intervención de terceros interesados.

Muchas cortes extranjeras han experimentado con los remedios estructurales con buenos resultados.⁶¹ En América Latina, no cabe duda que fue la Corte Constitucional colombiana la pionera de la reforma estructural. Curiosamente, en Colombia los remedios estructurales surgieron en el marco de las acciones de amparo *individuales* (allí denominadas acciones de “tutela”), lo cual demuestra que la reforma estructural puede ser una alternativa de creación jurisprudencial. Así, en 1996, varios profesores municipales reclamaron —a través de la tutela— el pago de sus haberes jubilatorios, pese a que las autoridades del municipio nunca los habían afiliado a la Caja de Seguridad Social. En ese juicio (Sentencia SU-559 del 6/11/1997), la Corte no se limitó a proteger los derechos individuales de los amparistas, sino que ahondó en las

⁶¹ Como la Corte Constitucional de Sudáfrica. En el caso Grootboom (2000) la Corte obligó al gobierno a desarrollar un plan de mediano y largo plazo para atender las necesidades de vivienda de personas sin techo (véase Sunstein, 2001, que celebra este fallo). Otro ejemplo es la reciente decisión de la Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York en el caso *Campaign for Fiscal Equity, Inc. v. State of New York* del 26 de junio de 2003. En este caso, el tribunal entendió que el sistema de financiamiento de la educación pública en el estado no garantizaba un nivel de educación adecuado según lo establecía la Constitución estadual, y obligó al gobierno a fijar un nuevo sistema conforme con una serie de pautas fijadas en el proceso judicial (Abramovich, 2004).

causas estructurales que daban motivo al incumplimiento de las autoridades municipales. En ese análisis, la Corte detectó que las autoridades del municipio habían omitido inscribir a sus empleados porque no había suficiente presupuesto para hacer frente al pago de las contribuciones a la seguridad social. Según la Corte, esa conducta, aunque irresponsable, se debía a la *inequitativa distribución* —entre los departamentos y municipios del país— del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM). Con base en esa constatación, la Corte declaró que existía un “estado de cosas inconstitucional”, y que tenía el deber de notificarles a las demás autoridades públicas la existencia de esa *situación de hecho* que vulneraba la Constitución. La Corte procedió entonces a conminar a las autoridades públicas pertinentes a que corrijan la *situación de hecho* en un término razonable. La figura del “estado de cosas inconstitucional” se convirtió así en un instituto remedial que fue consolidándose con el tiempo. Esta figura fue empleada más tarde para abordar situaciones de ineficiencia administrativa,⁶² hacinamiento carcelario,⁶³ omisión del

⁶² Sentencia T-608 de 1998, con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero. En dicho juicio, la Corte ordenó a la Caja Nacional de Previsión que “dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha, corrija en la práctica, dentro de los parámetros legales, las fallas de organización que afectan a la pronta resolución de solicitudes de reconocimiento y reliquidación de pensiones y se adecuen las relaciones laborales”. Además, se ordenó comunicarle la sentencia al procurador general y al contralor general, a fin de que vigilaran el cumplimiento de la misma y el ejercicio diligente y eficiente de las funciones de reconocimiento y reliquidación de pensiones de jubilación que fueron encomendadas a la Caja.

⁶³ Sentencia T-153 del 28 de abril de 1998. En este fallo, la Corte conminó al gobierno a desarrollar, en un plazo determinado, un plan de modernización del sistema carcelario. Según la Corte, el hacinamiento de varios centros de reclusión se debía a varias condiciones “estructurales” que debían ser modificadas: 1) la expedición de normas penales destinadas a sancionar con mayor rigidez un conjunto de conductas delictivas, 2) la existencia de una jurisdicción especial encaminada a combatir los delitos relacionados con la alteración del orden público, delitos que se caracterizaron por tener como medida de aseguramiento únicamente la detención privativa, la cual no podía ser ni suspendida ni convertida en detención domiciliaria, 3) las fallas que presentaba la infraestructura carcelaria, y 4) distintas irregularidades en materia de contratación administrativa en el sistema penitenciario. En su fallo, la Corte sostuvo: “ el juez constitucional está obligado a asumir la vocería de las minorías olvidadas, es decir, de aquellos que difícilmente tienen acceso a los órganos políticos. Por esta razón, la Corte constitucional está llamada a actuar en ocasiones, como la presente, llamando la atención sobre el estado de cosas inconstitucional que se presenta en el sistema penitenciario colombiano y que exige la toma de medidas por parte de las distintas ramas y órganos de poder” (véase Vargas, 2005).

Estado en la celebración de concursos públicos para notarios,⁶⁴ falta de protección de los defensores de derechos humanos,⁶⁵ e incumplimiento en el pago de las pensiones jubilatorias,⁶⁶ entre otras.

La Suprema Corte Argentina —desde el año 2002— también merece ser destacada como un tribunal que toma en serio al litigio de reforma estructural. Así, en un *leading case* del año 2005,⁶⁷ la Corte argentina admitió un amparo colectivo en defensa de todos los privados de libertad en las cárceles y penitenciarías de la Provincia de Buenos Aires. Según el amparista (CELS), las condiciones de hacinamiento, de salud, de alimentación, y de trato dentro del sistema penitenciario bonaerense violaban vergonzosamente la dignidad de los reclusos. En esa oportunidad, la Corte sostuvo que procedía el amparo aun cuando los reclusos no hubieran demostrado perjuicios individuales ni prestado su consentimiento al planteo jurídico, porque se trataba de “una situación genérica, colectiva y estructural” de privación de los derechos básicos, y por ello no “tenía sentido discutir o exigir demostraciones de las medidas del agravio en cada caso concreto”. La Corte, antes de dictar su sentencia, resolvió convocar a una audiencia pública con el amparista y el gobernador de la provincia de Buenos Aires para tener mejor información de la situación. Tras la audiencia, la Corte admitió la presentación de numerosos *amicus curiae*.⁶⁸ Más tarde, al dictar sentencia, la Corte expresó que “las políticas públicas eficaces requieren de discusión y consenso”. Por tal motivo, encomendó al gobierno de la provincia de Buenos Aires a que organizara la convocatoria a una mesa de diálogo de la que debían participar el amparista, las organizaciones presentadas como *amicus curiae*, y representantes del Estado provincial, con el fin de generar un ámbito de discusión que

⁶⁴ Sentencia SU-258 de 26 de marzo de 1998.

⁶⁵ Sentencia T-590 de 20 de octubre de 1998.

⁶⁶ Sentencia T-525 del 23 de julio de 1999 con ponencia del magistrado Carlos Gaviria Díaz.

⁶⁷ Caso “Verbitsky, Horacio s/ *Habeas Corpus*” (2005). CSJ; Fallos: 312:2192. El fallo dio sustento jurídico para que se revisara la política carcelaria en otras provincias, como en la de Chubut (fallo de la Cámara del Crimen de Comodoro Rivadavia, del 8 de marzo de 2006).

⁶⁸ Se presentaron ante la Corte como *amicus curiae* las organizaciones internacionales Comisión Internacional de Juristas (CIJ), *Human Rights Watch* y la Organización Mundial Contra la Tortura (OMCT), y las argentinas Asociación por los Derechos Civiles (ADC), Clínica Jurídica de Interés Público, Asociación Civil El Ágora, Asociación Civil Casa del Liberado, Asociación Civil Centro de Comunicación Popular y Asesoramiento Legal (Cecopal).

permitiera arribar a soluciones consensuadas y sustentables. La Corte también sostuvo que la regulación de la prisión preventiva en la provincia violaba los tratados internacionales sobre los derechos humanos. Sin embargo, declaró que no le correspondía a ella sustituir la voluntad de los representantes, y por ello *exhortó* a los poderes Legislativo y Ejecutivo de la provincia de Buenos Aires a que adecuaran la legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación a los estándares internacionales mínimos.⁶⁹ Finalmente, la Corte se alzó como agente de control de todo el proceso, ordenando al gobierno de la provincia de Buenos Aires que remitiera en un plazo determinado un informe pormenorizado en el que constaran las condiciones concretas en que se cumplía cada detención (características de la celda, cantidad de camas, condiciones de higiene, acceso a servicios sanitarios, etc.). Asimismo, dispuso que cada 60 días el Poder Ejecutivo de la provincia de Buenos Aires debía informar a la Corte todas las medidas que adoptara para mejorar la situación de los detenidos en todo el territorio de la provincia.

Los ejemplos de la Corte colombiana y argentina no son los únicos, aunque sí los más notables. En esa línea, la Sala Constitucional de Costa Rica y el Tribunal Supremo Federal de Brasil también han incurrido en los remedios estructurales, aunque de una manera más ineficaz (en el caso de Brasil)⁷⁰ o menos cooperativa (en el caso de Costa Rica).⁷¹ De cualquier manera, todos estos casos nos muestran con claridad

⁶⁹ La Corte también ordenó medidas inmediatas: dispuso que la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, a través de los jueces competentes, hiciera cesar en el término de 60 días la detención en comisarías de la provincia de personas menores de edad o enfermas.

⁷⁰ El Tribunal Supremo Federal de Brasil ha dictado numerosas sentencias de inconstitucionalidad por omisión legislativa, aunque en muchas ocasiones les ha dado un carácter meramente declarativo (Da Silva y Gandra, 1999). También ha ordenado numerosos mandatos de *injunção*, ordenando dar plena eficacia a los derechos sociales involucrados, especialmente tratándose de omisiones de la administración pública. Sin embargo, el enfoque general es el de limitarse a restituir el derecho vulnerado; en muy pocas ocasiones aborda las condiciones estructurales que dan origen a esas violaciones.

⁷¹ La Sala Constitucional de Costa Rica ha dictado numerosos fallos que garantizan decididamente los derechos sociales de los grupos vulnerables, pero no adopta con claridad un enfoque estructural como el aquí propuesto. Así, en una sentencia de 1998 (Exp. 98-03782-007-CO) *ordenó* a los medios de comunicación públicos a emitir programas informativos para personas no oyentes, y en otra ocasión *obligó* a la Caja de Seguridad Social a proveer gratuitamente de medicamentos a ciertos enfermos de sida (exp. Resolución n 5934-97). En Costa Rica sería procedente también el amparo por omisión legislativa. Por ejemplo, la Sala Constitucional estaría autorizada para a obligar al Estado a la

que existe una vía intermedia para abordar situaciones estructurales de vulneración generalizada de derechos (civiles y sociales), una vía que incentiva el diálogo entre la justicia y las demás ramas de gobierno y que estimula la cooperación. Estos remedios estructurales revelan la presencia de un juez constitucional mucho más activo socialmente, más comprometido con la búsqueda de soluciones profundas a los problemas estructurales que padecen las sociedades latinoamericanas, y también más democráticas. Porque, como ha dicho Nino, los jueces constitucionales “no deben descartar políticas que resulten del debate democrático únicamente porque consideran que existen otras mejores, pero en cambio pueden y deben llamar la atención sobre cuestiones que no han sido debatidas ni abordadas, y pueden incitar la consideración más cuidadosa de las políticas actualmente en vigor” (Nino, 1996).

CONCLUSIONES

En este artículo hemos desarrollado las posibilidades del diálogo interorgánico entre las cortes y las instituciones representativas; descrito nueve formas de comunicación dialéctica entre las cortes, el Congreso y el Ejecutivo, según como varíen distintos elementos: entre ellos, las constituciones (rígidas o flexibles), las potestades judiciales, y la capacidad de respuesta del Congreso; prestado especial atención a los modelos “débiles” de justicia constitucional, esto es, a aquellos que conceden la última palabra institucional al Congreso: el sistema británico, israelí y canadiense, cada uno con sus peculiaridades. Según se sostuvo, ni los modelos robustos de justicia constitucional ni los débiles tienen capacidad para propiciar un genuino diálogo interorgánico de carácter democrático. Asimismo, se desarrolló el denominado “litigio de reforma estructural”, que propicia una comunicación no dialéctica entre las cortes y las instituciones representativas. Según se sostiene, bajo el litigio de reforma estructural las cortes se convierten en actores con poder de agenda. Este modelo,

creación de un seguro de desempleo —porque así lo establece el artículo 72 de la Constitución. Ello podría tener como resultado final una sentencia que exhorte a la Asamblea Legislativa y al gobierno para que, en el menor tiempo posible y dentro del marco de las posibilidades materiales del erario público, establezca cuál será la institución encargada de administrarlo, y con qué recursos económicos comenzará a operar. Sin embargo, la Sala no ha tenido ocasión de resolver un amparo de este género, pero nada impide que en el futuro cercano se le presente alguno (Hernández Valle, 2006; p. 297).

cuando es correctamente instrumentado, propicia la deliberación inter-orgánica, al mismo tiempo que deposita la última palabra institucional en el Congreso.

Finalmente, propusimos fortalecer el diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas a través de dos vías: un nuevo modelo de comunicación dialéctica entre las cortes y el Congreso, un modelo que combina rasgos del sistema británico (las declaraciones de incompatibilidad) con rasgos del sistema canadiense (la cláusula *override*), aunque con algunos elementos añadidos, y 2) a través del fortalecimiento del litigio de reforma estructural.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V. “Una Aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo de América Latina”. Documento preparado para la reunión Derechos y Desarrollo en América Latina: una Reunión de Trabajo. Santiago de Chile, 9 y 10 de diciembre de 2004.
- AJA, E. 1998. *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1998.
- ; y M. GONZÁLEZ BEILFUSS. “Conclusiones generales”. En E. Aja. *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1998, pp. 258-288.
- ARCHIBALD, B. “We Live to Survive Our Paradoxes: In Defense of Israel as a Jewish & Democratic State”. *New England Journal of International and Comparative Law*, vol. 10 (2004): 1-35.
- BÁEZ SILVA, C. “La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 105 (2002). México: IJUNAM.
- BARAK, A. “A Constitutional Revolution: Israel’s Basic Laws”. *Constitutional Forum*, 1993, pp. 82-84.
- . “Human Rights in Israel”. Ponencia presentada para la reunión annual John Foster Lecture Series en el University College of London, Londres, 1 de noviembre de 2005.

- . *The Judge in a Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2006.
- BATEUP, C. “The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue”. *Brooklin Law Review*, vol. 71 (2006a).
- . “Expanding the Conversation: American and Canadian Experiences of Constitutional Dialogue in Comparative Perspective”. *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, núm. 44 (2006b).
- BAYÓN, J. C. “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”. Artículo presentado en el Seminario Albert Casamiglia de la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2004.
- BAZÁN, V. 2006. “La inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado, con particular referencia al caso venezolano”. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. Disponible en Internet: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla /cont/20061/pr/pr23.pdf>>
- BRYCE, J. “Flexible and Rigid Constitutions”. Existe traducción al español: *Constituciones rígidas y flexibles*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, (1905) 1988.
- CAMPBELL, T. “Incorporation through Interpretation”. En *Sceptical Essays on Human Rights*, coordinado por T. Campbell; K. D. Ewing y A. Tomkins. Oxford: Oxford University Press, 2001
- CEPEDA-ESPINOSA, M. “Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court”. *Washington University Global Studies Review*, vol. 3 (Special Issue) (2004): 529-697.
- CHAYES, A. 1976. “The Role of the Judge in Public Law Litigation”. *Harvard Law Review* 89 (1976): 1281-1316.
- COURTIS, C. 2006. “Judicial enforcement of social rights: perspectives from Latin America”. En R. Gargarella; P. Domingo; y Rh. Roux. *Courts and Social Transformation in New Democracies*. Londres: Ashgate, 2006.

- DAHL, R. *Democracy and its Critics*. New Haven: Yale University Press, 1991.
- DA SILVA MARTINS, F.; e I. GANDRA. “Os Directos Fundamentais e os Directos Sociais na Constituição de 1988 e sua defesa”. *Revista Jurídica Virtual de Presidência da República. Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos Brasília*, vol. 1, núm. 4 (agosto, 1999). Disponible en Internet: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/direitos_fundamentais.htm>.
- DA SILVA, J. “El mandamiento de seguridad en Brasil”. En *El derecho de amparo en el mundo*, compilado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Héctor Fix Zamudio. México: Editorial Porrúa, 2006, pp. 124-157.
- DEBELJAK J. “Rights Protection Without Judicial Supremacy: A Review Of The Canadian And British Models Of Bills Of Rights”. *Melbourne Univeristy Law Review* (2001a). Disponible en internet: <<http://www.austlii.edu.au/au/journals/MULR/2002/17.html>>
- . “Human Rights as Judicial Politics or Parliamentary Judgments?”. Ponencia presentada para la Castan Centre for Human Rights Inaugural Conference: Human Rights and Global Challenges, Melbourne, 10–11 de diciembre de 2001b.
- . “The British Perspective on Bills of Rights: the Human Rights Act 1998 (UK)”. Ponencia preparada para la Bill of Rights Conference, Sidney, 21 de junio, 2002.
- DOMINGO, P.; R. GARGARELLA; y T. ROUX. *Courts and Social Transformation in New Democracies*. Londres: Ashgate, 2006.
- DWORKIN, R. “Does Britain Need a Bill of Rights?”. En R. Dworkin. *Freedom’s Law. The Moral Reading of American Constituion*. Oxford: Oxford University Press, 1996, pp. 352- 372.
- FARRELLY, C. “Civic Liberalism and the ‘Dialogical Model’ of Judicial Review”. En *Law and Philosophy*, vol. 25(5) (2006): 489-532.
- FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO. *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*. México: Fundap, 2002.
- . *Derecho Procesal Constitucional*. México: Editorial Porrúa, 2003.
- ; y H. FIX ZAMUDIO, coords. *El derecho de amparo en el mundo*. México: Editorial Porrúa, 2006.

- FERRERES COMELLA, V. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- . “Una defensa de la rigidez constitucional”. *Revista Doxa*, núm. 23 (2000): 29-47.
- FISHER, L. “Democracy Dialogues, Separation of Powers and the U.S. Courts”. Washington: U.S. Department of State. Bureau of International Information Programs. Transcripción, 31 de mayo de 2006. Disponible en Internet: <http://usinfo.state.gov/usinfo/Archive/2006/May/31-144198.html> [Consulta: 10 de junio de 2006]
- FISS, O. “The Forms of Justice”, *Harvard Law Review*, 93 (1979): 1-58.
- ; y D. Rendleman. *Injunctions*. Nueva York: The Foundation Press, 1984.
- FRIEDMAN, B. “Dialogue and Judicial Review”, *Michigan Law Review*, 91 (1993): 560-77.
- FULLER, L. “The Forms and Limits of Adjudication”, *Harvard Law Review*, 92 (1978): 253-409.
- GAMIO, M. “Entre la supremacía y el diálogo constitucional”. *Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Di Tella*, vol. 8 (2006).
- GARCÍA BELAUNDE, D.; y F. Fernández Segado, coords. *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dykinson, D.L. 1997
- GARDBAUM, S., “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”. *American Journal of Comparative Law*, 49 (4) (2001): 707-760.
- GEE, G.; y G. Webber. “Same-Sex Marriage in Canada: Contributions from the Courts, the Executive, and Parliament”, *The King’s College Law Journal* (2005): pp. 132-142.
- GOLDSWORTHY, J. “Judicial Review, Legislative Override and Democracy”. *Wake Forest Law Review*, 38 (2003): 451-470.
- HERNÁNDEZ VALLE, R. 2005. “Las omisiones legislativas y los derechos prestacionales”, *Revista Estudios Constitucionales* (2005): 179-186.
- . “El recurso de amparo en Costa Rica”. En *El derecho de amparo en el mundo*, coordinado por E. Ferrer Mac-Gregor y H. Fix Zamudio. México: Editorial Porrúa, 2006, pp. 257-304.

- HICKOK, E. W. "Congress, the Court, and the Constitution: Has Congress Abdicated Its Constitutional Responsibilities?". The Heritage Foundation, *Heritage Lecture #299*, 1990. Disponible en internet: <<http://www.heritage.org/Research/GovernmentReform/HL299.cfm>>.
- HIEBERT, J. L. "New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?". *Texas Law Review*, 82 (2004): 1963-79.
- . "Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model?". *The Modern Law Review Limited*, 69 (2006): 7-28.
- HILBINK, E. "Judicial Empowerment and Democracy: Does the New Constitutionalism Really Threaten Democracy? Artículo presentado en la reunion anual de Law and Society, Las Vegas, 28 de marzo de 2007.
- HOGG, P. W. "The Charter Revolution: Is It Undemocratic?". *Constitutional Forum*, 12 (2001): 1-9.
- ; y 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*, 35 (1997): 75.
- ; A. Bushell; y W. Wright. "The Charter Dialogue Revisited -or Much Ado about Metaphors", *Osgoode Hall Law Journal*, 45 (1) (2007): 1-65.
- ; y A. Thornton. "A Reply to Six Degrees of Dialogue". *Osgoode Hall Law Journal*, 37 (1999).
- KAHANA, T. "The Notwithstanding Mechanism and Public Discussion: Lessons from the Ignored Practice of Section 33 of the Charter". *Canadian Public Administration*, vol. 44 (2001): 255-270.
- . "Understanding the Notwithstanding Mechanism", *The University of Toronto Law Journal*, vol. 52 (2002): 221-255.
- KELLY, J. B. *Governing with the Charter*. Vancouver: UBC Press, 2005.
- ; y M. Murphy. "Confronting Judicial Supremacy: A Defence of Judicial Activism and the Supreme Court of Canada's Legal Rights Jurisprudence", *Canadian Journal of Law and Society*, vol. 16 (2001):3-27.

- KELSEN, H. "Judicial Review of Legislation: a Comparative Study of the Austrian and the American Constitution". *Journal of Politics*, vol. 4, núm. 2 (1942): 183-200.
- KLUG, F. "The Human Rights Act 1998. Pepper V. Hart and all that". *Public Law*, 2 (1999): 246-273.
- LINARES, S. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Barcelona: Editorial Marcial Pons, 2008.
- LISTON, M. "Delayed Declarations of Invalidity: Deferential Dialogue or Justice Deferred?". Artículo preparado para la Canadian Political Science Association Conference, 4 de junio de 2005. Disponible en internet: <www.cpsa-acsp.ca/papers-2005/Liston.pdf> [consulta: 10 de junio de 2006].
- MANFREDI C. P.; y J. B. Kelly. "Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell". *Osgoode Hall Law Journal*, 37 (1999).
- MARTÍ, J. L. *La república deliberativa: una teoría de la democracia*. Barcelona: Marcial Pons, 2006.
- NINO, C. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1996.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H. "La defensa de la Constitución, los modelos de control de constitucionalidad y las relaciones y tensiones de la judicatura ordinaria y los tribunales constitucionales en América del Sur". *Revista Contribuciones* 3 (2002): 153-301.
- PITKIN, Hanna. *El concepto de representación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- PRIETO SANCHÍS, L. "La limitación de los Derechos Fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades". *Derechos y Libertades*, vol. 8 (2000): 429-468
- . *Estudios sobre Derechos Fundamentales*. Madrid: Debate, 2001.
- . "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial". En *Neoconstitucionalismo(s)*, coordinado por M. Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2003a, pp. 123-158.
- . *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003b.

- ROACH, K. "Dialogic Judicial Review and Its Critics", *Supreme Court Law Review*, vol. 23 (2004): 49-60.
- SAGÜES, N. "Desafíos de la jurisdicción constitucional en América Latina". Ponencia presentada al Seminario de Derecho Procesal Constitucional realizado en Quito en el seno del Proyecto de Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en Ecuador, 25 a 27 de octubre de 2004.
- . "El derecho de amparo en Argentina". En *El derecho de amparo en el mundo*, coordinado por E. Ferrer Mac-Gregor y H. Fix Zamudio. México: Editorial Porrúa, 2006, pp. 41-80.
- STEPHANOPOULOS, N. "The Case for the Legislative Override", *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, 10 (2005): 250-295.
- STONE SWEET A.; y M. Shapiro. "Abstract and Concreti Review in the United States". En A. Stone Sweet y M. Shapiro. *On Law, Politics and Judicialization*. Oxford: University Press. 2002, pp. 347-375.
- STUART MILL, J. *Considerations on Representative Government*. Buffalo, N. Y.: Great Books on Philosophy. Editorial Rosenbaum, Stuart E. (1861) 1991.
- SUNSTEIN, C. "Social and Economic Rights?: Lesson from South Africa". *Constitutional Forum*, 11 (4) (2001): 123.
- TUSHNET, M. 2003a. "New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights-and Democracy-Based Worries". *Wake Forest Law Review*, núm. 38 (verano de 2003a): 813.
- . "Judicial Activism or Restraint in a Section 33 World". *Toronto Law Journal*, vol. 53 (2003b): 80-99.
- . "Welfare Rights and Forms of Judicial Review", *Texas Law Review*, vol. 82 (2004): 1894-97.
- WALDRON, J. "A Right-Based Critique of Constitutional Rights". *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13 (1993): 27-41.
- . *Law and Disagreement*. Oxford, Clarendon Press, 1999. Existe traducción al español: *Derecho y Desacuerdos*. Barcelona: Editorial Marcial Pons. Traducción de José Luis Martí y Águeda Quiroga.
- . "Some Models of Dialogue between Judges and Legislators". *Supreme Court Law Review*, vol. 23 (2004): 7-69.

———. “The Core of the Case against Judicial Review”. *Yale Law Journal*, vol. 115, núm. 6 (abril de 2006): 1346-1406.

VARGAS HERNÁNDEZ, C. “La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y la labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado ‘estado de cosas inconstitucional’”. *Revista Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca. Santiago de Chile (2005): 203-228.

Recibido el 15 de junio de 2007
Aceptado el 16 de mayo de 2008