

DERECHOS Y DEMOCRACIA: ¿EXISTE UNA JUSTIFICACIÓN DEMOCRÁTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS?*

PATRICIO DANIEL MÉNDEZ MONTENEGRO**

*"Si va a morir gente,
votemos quienes".*

VICENTE LUY

Resumen: A lo largo de este ensayo se intentará complejizar los fundamentos sobre los que se asientan los derechos humanos en las sociedades modernas. Para esto, se contrastarán las visiones de diversos juristas y filósofos del derecho sobre la cuestión. La intención del ensayo es escapar a justificaciones lineales de los derechos humanos y adentrarse en las tensiones existentes entre las pretensiones de aquellos que sostienen una democracia robusta en una comunidad de personas libres e iguales. Para saldar esta aparente contradicción, se buscará encontrar una justificación democrática de los derechos humanos, una que no niegue o limite la participación social en la toma de decisiones sino que la potencie y empodere a la ciudadanía.

Palabras clave: derechos – constitución – democracia – instituciones

Abstract: This essay attempts to show the complexity of the fundaments on which human rights are based in modern societies. In order to do so, the views of different jurists and legal philosophers on the matter will be contrasted. The essay's purpose is to avoid straightforward justifications for human rights and to explore the existing tensions between the claims of the supporters of a strong democracy in a community of free and equal people. To solve this deceptive

* Este trabajo ha obtenido el Primer Puesto en el I Concurso Interdisciplinario de Ensayos sobre Filosofía del Derecho.

** Abogado (UBA).

contradiction, I will attempt to find a democratic justification for human rights that neither denies nor limits social participation in decision making procedures, but empowers and boosts citizenry instead.

Keywords: rights – constitution – democracy – institutions

I. INTRODUCCIÓN

La academia jurídica argentina en general y la constitucional en particular se han acercado con poco detenimiento a conceptos que caracterizan nuestro sistema constitucional de Estado Democrático de Derecho. Los juristas locales le han destinado poco espacio al estudio de esta temática. Asimismo, los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación poco han reflexionado sobre esta cuestión.

Sin más, han entendido a estos conceptos como armoniosos, amigables y faltos de conflictos. Hoy por hoy, en las aulas de la Facultad de Derecho se repiten dogmáticamente los conceptos de Democracia, Constitución y Derechos humanos.

Sin embargo, desde la teoría jurídica europea y norteamericana se vienen discutiendo los conflictos inherentes entre la pretensión del autogobierno colectivo democrático, la protección de los derechos fundamentales y la creación de sistemas institucionales funcionales a la protección de esos derechos.

Algunos entienden que el constitucionalismo, es decir, el conjunto de reglas que definen el modo en que tomamos las decisiones institucionales en una sociedad y el conjunto de conceptos jurídicos que decidimos proteger en un territorio determinado, debe primar en algunos casos sobre la democracia, es decir, la voluntad de la mayoría del pueblo. Otros entienden que si pretendemos vivir en una sociedad de iguales, la democracia debería poder avanzar sobre los derechos y el constitucionalismo.

Por lo tanto, ¿son los derechos humanos y la democracia compatibles? Si es así, ¿en qué grado? ¿Cuál debe primar? ¿Existe una forma de conciliar sus fundamentos?

II. CONSTITUCIONALISMO

En los debates de las primeras Constituciones escritas que se dieron a partir de los movimientos revolucionarios tanto en Estados Unidos como en Francia aparecieron discusiones en torno a cuál debe ser el rol que juegan las cartas magnas en la forma en que tomamos nuestras decisiones institucionales más relevantes.¹

En este momento, según el estudio pormenorizado que realizó Roberto Gargarella, aparecieron tres grupos políticos que intervinieron con fuerza y expresaron sus ideas sobre cómo debía organizarse cada país. Estos grupos fueron los Conservadores, los Liberales y los Radicales.

Sin entrar en el denso bagaje ideológico y los fines que cada grupo perseguía, podemos afirmar que el grupo de mayor relevancia de esta época fue el liberalismo, cuyos máximos exponentes constitucionales fueron James Madison y Alexander Hamilton.

Estos dieron a conocer sus principales ideas políticas e institucionales en los conocidos Papeles del Federalista. Allí se manifiestan una serie de principios que, en parte, rigen nuestros sistemas institucionales hasta hoy. Más precisamente, aparece la vinculación entre los derechos que los liberales pretendían proteger y el sistema institucional necesario a tal efecto.

En el Federalista N°10 aparece palmariamente la idea que debía cumplir una Constitución "pasar por el tamiz de un grupo escogido de ciudadanos, cuya prudencia puede discernir mejor el verdadero interés de su país".² Las mayorías eran asimiladas a las pasiones, a las emociones y al capricho. Por lo tanto, los Federalistas creían que debía gobernar los destinos de su país era la razón. Sin embargo, había solo un sector minoritario de la población que tenía los atributos necesarios para llegar a decisiones racionales. Es por eso que el sistema político debía instituir a un grupo selecto de hombres para llevar adelante el Gobierno Federal totalmente separado de las presiones de sus electores. Por lo tanto, continuaba Madison, se debía implementar "la absoluta exclusión del pueblo en su calidad de colectivo de cualquier participación en el gobierno de las repúblicas".³

De ese modo, los liberales tenían miedo a lo que las mayorías, ex-

1. GARGARELLA, R., *Los fundamentos legales de la desigualdad*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2005.

2. MADISON, J., HAMILTON, A. y JAY, J., *Papeles del Federalista*, N°10, Nueva York, 1787.

3. *Ibid.*, N° 63.

presadas en el sistema democrático, pudieran hacer con los derechos de las minorías. De ahí que surge una teoría de la democracia que podríamos denominar "elitista". Esta, partiendo de una visión pesimista de la naturaleza humana, entendía que el autointerés de las mayorías violaría los derechos del resto. Por lo tanto, el sistema institucional debería propender a neutralizar a las mayorías a través de un sistema contramayoritario, es decir, crear instituciones que obstaculicen y filtren las preferencias democráticas.⁴ Entre ellas podemos mencionar a la representación, al Senado, al veto presidencial, al control judicial de Constitucionalidad y las cartas de derechos, entre otras.⁵

Como indica Morton White "los padres fundadores suscribían una postura epistemológicamente elitista en lo que hace al descubrimiento del interés público ya que solo aquellos que se elevasen por encima de la ambición, los sesgos, los prejuicios, los intereses parciales e inmediatos del hombre común".⁶ Por lo tanto, se debía crear un sistema en el cual las pasiones mayoritarias y pasajeras no desviasen el camino y no comprometiesen estos valores.

Podemos ver que el Constitucionalismo original nace como idea de límite, límite a la capacidad del soberano de decidir algunos aspectos centrales de su vida, dado que esto ya ha sido decidido por otros y se encuentra plasmado en la Constitución escrita.

III. FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

La noción de Derechos está atada al devenir del constitucionalismo liberal clásico. Fue en el siglo XVIII que algunos Estados empezaron a reconocer los derechos reivindicados por la burguesía, los derechos que hoy conocemos como de primera generación. La raíz filosófica de estos era que estos eran gozados por los individuos de modo anterior a la constitución del Estado, creado libremente por ellos mismos. Como lo indica Fernando Atria "los derechos invocados por los revolucionarios

4. MANIN, B., *Democracia directa y representativa. Los principios del gobierno representativo*, Buenos Aires, Alianza, 1998.

5. GARGARELLA, R., *Nos los representantes del pueblo*, Buenos Aires, Hyspamerica, 2003.

6. WHITE, M., *Philosophy, the federalist and the constitution*, Oxford, Oxford University Press, 1987, p. 216.

eran naturales en el sentido de que ellos eran normativamente previos a la existencia de la comunidad política. El respeto a esos derechos se convirtió en el fundamento de la autoridad de los nuevos sistemas políticos modernos".⁷

Sin embargo, como ya vimos en los apartados superiores, esos derechos no fueron consagrados con la participación de toda la sociedad, sino que fueron delineados por las elites intelectuales y políticas. En estos casos existió un enfoque abiertamente excluyente de la democracia. Los derechos en su versión original nacieron para limitar la democracia, para frenar las ambiciones de las mayorías, para proteger la propiedad de los terratenientes.

Los derechos civiles en los siglos XIX y XX fueron recorriendo el camino a la universalización en el mundo occidental. Ya adentrados en el siglo XX también aparecieron los reclamos de proteger otro tipo de derechos, ligados a los sectores excluidos y marginados como los trabajadores, las mujeres y los desposeídos. Así surgieron los derechos políticos universales y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

A la vez que este camino era recorrido por los diferentes países del mundo occidental, en el ámbito internacional se empezó a intentar proteger los derechos humanos a través de pactos o tratados internacionales. De ese modo surgieron diferentes tratados que fueron negociados en el marco de la Organización de Naciones Unidas. Algo similar sucedió a nivel regional. Como lo indica la Dra. Pinto, los derechos humanos nacen como la conjunción de las ideas del iusnaturalismo y los esfuerzos de la comunidad internacional y regional para proteger a los ciudadanos después de los horrores causados por los genocidios a nivel global.⁸

IV. DEMOCRACIA

Caracterizar y fijar ciertos criterios sobre qué decimos cuando hablamos de democracia va a ser clave para poder continuar con el presente ensayo. Que es la democracia ha sido un tema relevante para diversos autores

7. ATRIA, F., "¿Existen Derechos Sociales?", en *Discusiones: Derechos Sociales*, 2004, pp. 15-59.

8. PINTO, M., *Temas de Derechos Humanos*, Cap. I, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 1997.

nacionales y extranjeros. La teorización sobre este concepto ha dado lugar a diversos puntos de vista y formación de diferentes escuelas.

Carlos Nino ha clasificado y explicado diez teorías de la democracia.⁹ Estas tienen en común un solo factor: entienden que la voz de la ciudadanía debe ser la que fundamente el sistema político. Una vez alcanzado este mínimo denominador, las diferentes teorías van a diferir en aspectos sumamente relevantes como el alcance de esa intervención, el rol que juegan los grupos de interés, la función del debate público, la posibilidad de cambiar o no de posiciones, los temas sobre los cuales la ciudadanía puede o no decidir, etc.

A lo largo de este ensayo defendemos una teoría particular de la democracia, aquella que pondera la deliberación abierta, robusta y desinhibida y la participación de todos los afectados por esas decisiones, esto es, la teoría de la democracia deliberativa. Entre aquellos que se han dedicado a estudiarla y defenderla se encuentran Habermas, el propio Nino, Roberto Gargarella, David Estlund, etc.

Las principales características de este ideal regulativo son que parte de una concepción antielitista, no toma las preferencias como dadas, parte de una posición individualista y considera que el proceso de toma de decisiones debe basarse en la discusión colectiva.

Profundizando esto, la democracia deliberativa rechaza la idea de que exista un grupo de personas con capacidad para decidir imparcialmente en nombre de los demás. Esto quiere decir que es deseable que la ciudadanía delibere y participe para definir el rumbo de la política. La intervención de la ciudadanía es una condición necesaria del sistema democrático.

Otra de las principales ideas en que se basa esta teoría es que, fruto de un debate robusto, amplio y desinhibido entre la ciudadanía, los individuos pueden cambiar sus preferencias. Esto quiere decir que se entiende que existe la posibilidad de persuadir a través de argumentos, razones y ejemplos.

Por otro lado, cuando decimos que la democracia deliberativa tiene una raíz individualista, decimos que el individuo y las personas son las unidades fundamentales del proceso democrático. No son los grupos, las facciones o las corporaciones las que intervienen en el debate político sino los mismos individuos.

9. NINO, C., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992.

Por último, estas mayorías populares no son meros elementos de movilización y aprobación de medidas y decisiones ya tomadas por partidos políticos o caudillos, sino que la participación ciudadana debe canalizarse a través de la deliberación pública. Esta deliberación es la que permite llegar a decisiones menos perfectibles, ya que permite descubrir errores lógicos y argumentales. Asimismo, también permite una mayor provisión de información, una mayor cantidad de alternativas y también impedir decisiones sesgadas.

Como vemos, en el ensayo se parte de una visión particularmente exigente de la democracia, en la que no toda decisión política va a ser considerada democrática. Bajo esta visión radical, la participación política va a ser profundamente defendida y es por eso que es particularmente conflictiva con los derechos en sí. Los defensores de la democracia deliberativa no piensan que mediante la deliberación se pueda llegar a decisiones perfectas o correctas. Esto quiere decir que las mayorías son falibles, pero sí entienden que un diálogo inclusivo es el mejor método para arribar a decisiones más imparciales y que tengan mayor validez para obligar a toda la ciudadanía.

Si partiésemos de una posición que valorase en un grado menor a la participación y la deliberación política, la tensión entre democracia y derechos sería de fácil resolución: las decisiones que puedan afectar los compromisos constitucionales que asumió un Estado en un momento determinado deberían ser invalidadas y marginadas del marco normativo.

V. TENSIÓN DEMOCRACIA CONSTITUCIONALISMO

La tensión entre democracia y constitucionalismo es un tema prácticamente ignorado por la mayoría de las cátedras de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos. Se suele entender que el paradigma vigente de Democracia Constitucional amalgama dos conceptos armoniosos.

Sin embargo, en un texto clásico, Stephen Holmes analiza con profundidad estos dos conceptos desde su genealogía y demuestra que la concepción actual sobre nuestro Estado y nuestro sistema político mezcla conceptos aparentemente contradictorios. Como vimos en los apartados anteriores la democracia, los derechos y las constituciones nacen de principios filosóficos contrarios. Mientas uno nos hablan del poder ilimitado del soberano de autogobernarse de acuerdo con sus pre-

ferencias y su voluntad, la Constitución nace para limitar, para atar a ese soberano.¹⁰

De ese modo Holmes adapta los argumentos de autores como Bodin, Burke o Madison y los reconfigura de un modo en que estos puedan servir para potenciar la democracia. En este sentido, el Profesor de NYU entiende que ciertos precompromisos pueden ayudarnos para sentar las reglas de juego del debate democrático, que ciertos acuerdos previos, ciertas ataduras del pasado pueden liberar a las mayorías democráticas del presente. Holmes argumenta "una vez reconocido que se puede aumentar la capacidad de aprender mediante una autoatadura estratégica, entonces la autoatadura se vuelve no solo permisible, sino obligatoria". Los legisladores elegidos no deben hacer leyes que interfieran con los derechos de voto, el libre flujo de información, la libertad de reunión y acceso político de las minorías; es decir, aquellas actividades "que ordinariamente podría esperarse que produzcan un rechazo de una legislación indeseable. La mayoría debe limitar sus propios poderes para garantizar que seguirá siendo una mayoría capaz de aprender [...]. Los muertos no deben gobernar a los vivos, pero sí pueden facilitar el que los vivos se gobiernen a sí mismos".¹¹

Desde otro sistema jurídico, aparecen juristas europeos que resuelven esta tensión de modo similar. Luigi Ferrajoli, Garzón Valdez o el propio Norberto Bobbio proponen la idea de "esfera de lo indecible".¹² Como lo dice el propio autor "en general, la expresión se refiere a la idea de los límites a los poderes públicos, incluidos los de la mayoría, elaborados por toda la teoría liberal: desde Von Humboldt hasta Constant y Tocqueville".¹³

Ferrajoli entiende que la democracia tiene dos columnas vertebrales: por un lado está la dimensión formal, es decir, las reglas por las cuales las mayorías van a poder tomar decisiones políticas y por el otro lado, la dimensión sustancial. Esta última categoría establece que no puede ser decidido por las mayorías y que no puede dejar de ser decidido por estas.

Esta teoría establece que dentro de las constituciones rígidas existen límites marcados a la participación política de las mayorías. De este modo,

10. HOLMES, S., "El precompromiso y la paradoja de la democracia", en ELSTER, J. y SLAGSTAD, R., *Constitución y democracia*, México, FCE, 1999.

11. *Ibid.*, p. 26.

12. FERRAJOLI, L., *La esfera de lo indecible y la división de poderes*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 6, N° 1, 2008, pp. 337-343.

13. *Ibid.*, p. 337.

existen zonas prohibidas y otras obligadas. Esto quiere decir que hay cuestiones en las cuales las mayorías no pueden decidir al mismo tiempo que se crean zonas o cuestiones donde las mayorías deben decidir y definir el derecho.

Sobre la base de esta conceptualización de la democracia, es que el autor italiano redefine la separación de poderes y los ámbitos en los que cada uno puede actuar. De este modo, en el ámbito de la esfera de lo decidible los poderes que pueden actuar son los que están legitimados popularmente para hacerlo, los poderes legislativos y ejecutivos.

En la esfera de lo indecible, se encuentra, claro está, el Poder Judicial. Este poder tendrá a su cargo proteger a las minorías, garantizar que las mayorías no puedan avanzar sobre los derechos fundamentales del resto.

Lo que tienen en común las propuestas de Holmes y de Ferrajoli es que ambos intentan salvar los argumentos de los antiguos juristas liberales o conservadores con el objetivo de hacer un uso progresista de ellos. Está claro que los autores mencionados no tienen el objetivo de resguardar los derechos de propiedad de la clase terrateniente que sí tenían Madison, Hamilton o Burke sino que buscan proteger a las minorías políticas, a los indefensos, a los sectores marginados de la sociedad.

Sin embargo, a pesar de modernizar las ideas de los padres fundadores, los argumentos no terminan de ser persuasivos ¿son válidas las ataduras, los derechos y las instituciones que heredamos de generaciones anteriores? ¿No deberíamos dar lugar a que las nuevas generaciones decidan libremente como organizar las instituciones estatales y que derechos proteger? ¿Existen razones para que el derecho siga siendo un espacio exclusivo de los especialistas?

Los demócratas deliberativos partimos, como ya dijimos, de otros presupuestos teóricos y por lo tanto entendemos que la tensión democracia, constitución y derechos puede resolverse de otro modo, bajo una mirada distinta.

VI. CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

Sabemos que el fundamento actual de los derechos que tenemos en nuestras constituciones difícilmente pueda ser considerado democrático. La Constitución de 1853-60 nació de una convención realizada por las elites intelectuales de las ciudades y los representantes de las oligarquías

provinciales.¹⁴ La convención reformadora de 1994 no contó con espacios de participación ciudadana y gran parte de los elementos incorporados fue fruto de un pacto secreto celebrado entre los dos dirigentes de los partidos políticos mayoritarios sin consulta alguna a sus bases. Por último, los Tratados de Derechos Humanos incorporados en dicha reforma fueron celebrados por diplomáticos no electos y refrendados por gobiernos con dudosas credenciales democráticas. Es claro que los valores que protegemos en nuestras constituciones no fueron decididos por "el pueblo". Según el Dr. Arrimada "en este punto, es imposible encontrar en los procesos constituyentes argentinos una legitimidad que no sea una ficción inaceptable. Los procesos constituyentes han sido a espaldas de la sociedad, producto de reformas populistas o de pactos de elite, no a través de una instancia participativa y horizontal".¹⁵

Por lo visto, los demócratas radicales que pretenden vivir en una sociedad que respete los derechos humanos de toda la población se encuentran en un dilema filosófico. ¿Cómo conciliar estas dos ambiciones?

El Dr. Arrimada aborda dicha pregunta y entiende que puede haber opciones al viejo constitucionalismo clásico (y moderno) que pretendió imponer ciertas reglas antidemocráticas dentro de la Constitución. De ese modo, el entiende que la única forma de tener una Constitución que fije ciertas reglas y ciertos derechos que aten de manos a una sociedad es a través de un proceso participativo donde la sociedad realmente pueda ser parte de la discusión y sanción de una Constitución escrita.

Sin embargo, uno podría afirmar que tal afirmación peca de ingenua o poco factible. ¿Cómo podría ser posible que una sociedad de millones de personas discuta temas tan sensibles, tan controversiales y tan técnicos en un tiempo prudencial? Si es posible eso, ¿cómo hacer que esa constitución sea efectiva y pueda materializarse? A pesar de estas dudas sensatas existen algunos novedosos ejemplos sobre cómo puede sancionarse una Constitución que consagre derechos de un modo democrático y participativo. Las convenciones Constitucionales de Islandia e Irlanda muestran algunos promisorios y potentes caminos a explorar. Sebastián Linares presenta un trabajo en el cual describe el derrotero de estas dos experiencias y propone

14. ROSA, J., *Historia argentina*, Tomo VI, Buenos Aires, Oriente, 1965.

15. ARRIMADA, L., "La democracia como precondition del constitucionalismo: prácticas democráticas y reforma constitucional", en GARGARELLA, R. (dir.), *La Constitución en 2020*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, p. 237.

alternativas para una futura convención constituyente en nuestro país.¹⁶ En el caso de Islandia sorprende un proceso heterodoxo el cual incluyó la designación de una comisión de expertos reclutados de distintas disciplinas que organizó una asamblea de 950 ciudadanos escogidos aleatoriamente del padrón electoral. Deliberó durante un día sobre las cláusulas que debería tener la constitución, las prioridades que la sociedad manifestaba tener. El mencionado comité de expertos resumió las conclusiones de la asamblea e incorporó otras formando un borrador que luego fue utilizado por una convención constituyente de 25 miembros electos en elecciones. Se estableció un piso mínimo de 40% de mujeres.

Este consejo trabajó codo a codo con el comité de expertos a lo largo de 4 meses en sesiones públicas y dio origen a un proyecto de Constitución que luego debía ser votada en doble lectura por el parlamento. También se aceptaron propuestas y comentarios online a través de las redes sociales. Se llamó a un referéndum consultivo donde consiguió una aprobación del 73%.

El caso irlandés mantiene algunas semejanzas con el proceso islandés aunque tiene algunas diferencias. Nació con una asamblea de ciudadanos sorteados que juntó a 100 personas a deliberar sobre políticas públicas específicas que se juntaron en un informe que sirvió de base para una convención constituyente formada por políticos y miembros de la sociedad civil. Tuvo 66 miembros elegidos al azar y 33 representantes de partidos políticos designados por estos siguiendo la proporción de la representación en el parlamento irlandés. Las sesiones iniciaron en el año 2013 y dieron luz a enmiendas constitucionales específicas. También contaron con una experiencia similar a la islandesa de crowdsourcing y sus sesiones fueron transmitidas *on-line*. Este órgano deliberó a lo largo de 10 semanas y produjeron 38 recomendaciones de reforma de las cuales 18 exigían enmiendas constitucionales y referéndums.

Más allá de los aciertos y errores, victorias y fracasos de cada uno de los procesos de reforma o enmienda constitucional dan la pauta de cómo podría funcionar una convención que pueda aliviar las tensiones entre democracia y derechos humanos o, dicho de otro modo, le otorgue un fundamento verdaderamente democrático a los derechos humanos. Demuestran

16. LINARES, S., *Un nuevo proceso de reforma constitucional para Argentina*, (inédito), 2015.

que el miedo a la participación y deliberación de las mayorías, lejos de violar los derechos de las minorías pueden potenciarlos.¹⁷

Al mismo tiempo, aparecen otros experimentos institucionales que dan lugar a imaginar otra forma de pensar la tensión entre democracia y derechos y la forma en que las instituciones los protegen. En países como Canadá han aparecido formas "dialógicas" de relación entre los diferentes poderes del Estado.¹⁸ Como sabemos, hasta entrados los años 80 Canadá no tenía una carta de derechos ni, por lo tanto, un órgano encargado de declarar la inconstitucionalidad de leyes. Existía una supremacía total del legislativo y el Poder Judicial se encargaba de aplicar las leyes dictadas. Ese estado de cosas fue turbado por la Carta de Derechos sancionada en 1980 que introdujo una serie de cláusulas que las mayorías no pueden modificar.

Sin embargo, Canadá no paso de una supremacía del Legislativo a una supremacía de la Carta de Derechos y de la Corte Suprema, sino que introdujo algunas modalidades interesantes de dialogo institucional. Entre ellas se incluyó la "*Not with standing Clause*" presente en las secciones 1 y 33 de esta. Allí se establece el rol fundamental que juegan las mayorías en un sistema democrático y establece mecanismos para que los órganos legislativos y judiciales establezcan un dialogo cuando existen tensiones entre sus decisiones. De ese modo, ante la advertencia de la Corte Suprema sobre la posible colisión de una norma con la Carta de Derechos el Parlamento puede tomar los argumentos de la Corte y reformar la ley en cuestión o puede, no obstante los argumentos de la Corte, insistir con la validez de la norma por el plazo de 5 años prorrogable.

Otro ejemplo sobre cómo la Corte Suprema puede participar del dialogo institucional y promover la democracia proviene de la doctrina del *Meaningful Engagement* de la Corte Sudafricana. Allí la Corte no tomó una decisión unilateral sobre cómo debía solucionarse el problema de acceso a la vivienda de modo unilateral sino que sentó las bases sobre cómo las partes debían trabajar en conjunto para lograr una solución estructural a un problema estructural.

17. De hecho, en un país profundamente católico como Irlanda una de las propuestas de enmienda fue la del matrimonio igualitario que logró su aprobación en Referéndum del día.

18. HOGG, P., BUSHELL, A., "El diálogo de la Carta entre los tribunales y las Legislaturas (o quizás la Carta de Derechos no sea tan malo después de todo)", en GARGARELLA, R. (dir.), *Por una justicia dialógica*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2015, pp. 17-49.

Algo más limitado ha aparecido en las prácticas de las Cortes Supremas de Brasil y la Argentina, donde se han celebrado audiencias públicas con las partes implicadas y *Amicus Curiae* sobre temas de gran trascendencia pública.¹⁹ Así dispuesto, existen propuestas originales de cómo el Poder Judicial puede servir a potenciar la democracia y no a ser un obstáculo para ella. Difícilmente se pueda cambiar radicalmente el lugar que ocupa el poder Judicial en nuestro sistema jurídico, pero sí podemos realizar reformas que lo hagan más permeable a la participación social.

VII. CONCLUSIÓN

Por lo visto estamos ante un dilema sin solución. O estamos del lado del Constitucionalismo, con sus reglas, instituciones contramayoritarias y sus esferas de lo indecible o estamos del lado de la democracia, con la fe ciega a los deseos de las mayorías.

Sin embargo, aparecen formas de conjugar valores necesarios de ambos polos. Es evidente que el marco constitucional heredado tiene aspectos injustificables y no pueden aceptarse en el siglo XXI. Es necesario replantearnos el modo en que pensamos el constitucionalismo, el modo en que interactúan sus instituciones, los derechos y la forma en que participa la ciudadanía.

Las únicas ataduras y paternalismos justificables son aquellas que son decididos en forma participativa y plural y no aquellos impuestos desde arriba, por elites del siglo XIX y XX, de espaldas al pueblo.

Es por eso que para que sean justificables los derechos humanos y las instituciones creadas para protegerlos es necesario que la constitución sea un pacto entre iguales, con igual posibilidad de participación en la toma de decisiones. Los casos de Irlanda, Islandia y el camino que está recorriendo Chile parecen formas de tener una constitución democrática.

Esa Constitución con fundamentos democráticos debería establecer cuáles son derechos fundamentales que debemos proteger, aun contra la voluntad coyuntural de las mayorías. Además, debería establecer mecanismos dialógicos en todos los poderes. El actual sistema contramayoritario,

19. LORENZETTI, R., "Las audiencias públicas y la Corte Suprema", en GARGARELLA, R (dir.), ob. cit., pp. 345-354.

miedoso de la participación popular debe ser modificado. Deben abrirse canales genuinos de participación social en la toma de decisiones.

Esto es particularmente necesario en el Poder Judicial. La verdadera democratización de la justicia debe abrir los canales judiciales a la sociedad. Esto significa que debe profundizarse los problemas de legitimación o standing para que mayores porciones de la población puedan acceder a esta. También deben institucionalizarse y mejorarse las herramientas como las audiencias públicas y los *Amicus Curiae*. Asimismo, deben replantearse los modos en que las cortes actúan ante litigios colectivos que involucran Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Además debe repensarse el modo en que las instituciones se vinculan. El camino tomado por Canadá y Sud África nos da la pauta de cómo el Poder Judicial puede ayudarnos en el dialogo institucional.

Vemos que no hay razones para temer que las mayorías puedan vulnerar los derechos de las minorías, que mediante el dialogo transversal entre individuos comunes puede arribarse a normas protectoras de los intereses fundamentales de la ciudadanía. Es necesario abandonar los corsets ideológicos de aquellos que crearon sistemas institucionales que excluyeron a la ciudadanía de la toma de decisiones fundamentales a nuestra vida en comunidad y repensar la idea de Constitución y de Derechos para poder hacerlas compatibles con la democracia y la soberanía del pueblo. Solo los límites y ataduras impuestas de forma dialógica son aceptables si pretendemos vivir en una democracia igualitaria.

Al mismo tiempo, tampoco es concebible una dialogo ciudadano sin derechos sociales básicos. La democracia deliberativa solo es posible en una sociedad donde todos los habitantes tienen asegurados sus derechos sociales y económicos de forma básica. Los derechos que una sociedad decide proteger no deben ser vistos ya como limitaciones sino como una forma de empoderar a los excluidos, de levantarlos del yugo de la pobreza y la marginalidad y ponerlos en pie de igualdad con el resto de la sociedad. Así como los derechos humanos son inaceptables sin una democracia robusta, la democracia es inaceptable sin igualdad de condiciones para participar de la esfera pública.

BIBLIOGRAFÍA

ARRIMADA, Lucas, "La democracia como precondition del constitucionalismo: prácticas democráticas y reforma constitucional", en GARGARE-

- LLA, Roberto (dir.), *La Constitución en 2020*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2014.
- ATRIA, Fernando, "¿Existen Derechos Sociales?", en *Discusiones: Derechos Sociales*, 2004, pp. 15-59.
- FERRAJOLI, Luigi, *La esfera de lo indecible y la división de poderes*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 6, N° 1, 2008, pp. 337-343.
- GARGARELLA, Roberto, *Nos los representantes del pueblo*, Buenos Aires, Hyspamerica, 2003.
- , *Los fundamentos Legales de la desigualdad*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2005.
- HOGG, Peter W., y BUSHELL, Allison A., "El dialogo de la Carta entre los tribunales y las Legislaturas (o quizás la Carta de Derechos no sea tan malo después de todo)", en GARGARELLA, Roberto (dir.), *Por un ajusticia dialógica*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2004, pp. 17-49.
- HOLMES, Stephen, "El precompromiso y la paradoja de la democracia", en ELSTER, Jon y SLAGSTAD, Rune, *Constitución y democracia*, México, FCE, 1999.
- LINARES, Sebastián, *Un nuevo proceso de reforma constitucional para Argentina*, (artículo inédito), 2004.
- LORENZETTI, Ricardo, "Las audiencias públicas y la Corte Suprema", en GARGARELLA, Roberto (dir.), *Por una justicia dialógica*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2014, pp. 345-354.
- MADISON, James, HAMILTON, Alexander y JAY, John, *Papeles del Federalista*, N° 10, Nueva York, 1787.
- MANIN, Bernard, *Democracia Directa y Representativa, Los principios del gobierno representativo*, Buenos Aires, Alianza, 1998.
- NINO, Carlos S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992.
- PINTO, Mónica, *Temas de Derechos Humanos*, Cap. I, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 1997.
- ROSA, José M., *Historia argentina*, Tomo VI, Buenos Aires, Oriente, 1965.
- WHITE, Morton, *Philosophy, the federalist and the constitution*, Oxford UP, 1987.