

LA TEORIA DEMOCRATICA EN LA ORGANIZACION Y GOBIERNO DEL PODER JUDICIAL.

Roberto Gargarella

I.

Es difícil responder a la pregunta sobre el autogobierno del órgano judicial, u otras referidas al modo de su composición o nombramiento de sus miembros, sin tener en claro cuál es la concepción de la democracia y de los derechos de la que partimos; cuál es el modo en que pensamos al constitucionalismo; cómo entendemos la racionalidad del comportamiento de las personas y grupos; o cómo concebimos la división de poderes, y la dinámica y organización de la misma.

En esta primera sección voy a describir los supuestos e implicaciones de lo que denominaré el “modelo de organización judicial dominante” o “modelo dominante” (sobre todo, pero no exclusivamente, en América); en la segunda sección presentaré algunos interrogantes frente a este modelo; y en la sección final ofreceré una alternativa frente al mismo.

Reflexionando, entonces, sobre el que denomino “modelo dominante” diré, en primer lugar, que durante mucho tiempo se pensó a la idea de la democracia a partir de un supuesto de *desconfianza hacia las mayorías*, a la vez que los derechos fueron concebidos como *derechos naturales y autoevidentes* –derechos que podían ser reconocidos por todos aquellos dotados de razón, en la medida en que no estuvieran confundidos por pasiones o intereses momentáneos. Éste era un modo de pensar muy propio de la visión lockeana del derecho, una visión que fuera enormemente influyente dentro del constitucionalismo moderno. Conforme a este modelo, los derechos eran autoevidentes aunque –como aclaraba Alexander Hamilton en *El Federalista* n. 5- muchas veces el ciudadano común no podía identificar y reconocer el peso de los derechos, por dificultades momentáneas (impulsos irracionales) que cegaban su juicio.

Dicha postura acerca de la *desconfianza mayoritaria* se acompañaba, habitualmente, de otra que pensaba a la imparcialidad como resultado de la reflexión individual y aislada de las personas más reflexivas o mejor formadas de la comunidad. La racionalidad no era entendida, entonces, como muchos pueden entenderla hoy, habermasianamente, esto es decir, vinculando a la misma con procesos de reflexión colectiva sino, por el contrario, como un producto de la reflexión de unos pocos expertos, bien formados y aislados del resto.

Los derechos de las minorías, mientras tanto, eran formulados de modo general, pero concebidos de manera muy específica: ciertas violaciones graves y masivas de derechos directamente no eran consideradas tales (el caso más importante, sin dudas, era el de la esclavitud); la idea de “minoría” tendía a ser asociada con una minoría particular –la minoría de los propietarios y acreedores-; a la vez que ciertos derechos particulares, como el citado –el derecho de propiedad- ocupaban el lugar más importante, ordenador y central dentro del tablero general de los derechos.

Dentro de una visión como la descrita, el Poder Judicial pudo ser visto como única o principal salvaguardia efectiva frente a los embates de irracionalidad propios de las mayorías, representadas, fundamentalmente, en los órganos representativos. Así se entiende, también, por qué en un cierto momento se adoptó como propia una peculiar lectura de la división de poderes, reflejada en la idea de “frenos y contrapesos,” y por qué se rechazó como indeseable una idea alternativa, tan significativa e influyente durante tanto tiempo, como la de la “separación estricta” de poderes, defendida en los tiempos de la Revolución Francesa.

En efecto, la idea de una “separación estricta” entre poderes, que proponían algunos, implicaba la delimitación de esferas de competencia separadas, entre las distintas ramas del poder, dentro de las cuales cada una de ellas ejercía una autoridad propia, libre de las interferencias de las demás. Dicha idea parecía tener muchas ventajas, para quienes tenían un acercamiento mayoritario a la política: básicamente, de ese modo se preservaba intacta la autoridad del órgano mayoritario el cual, de hecho, era el que aparecía como el más poderoso, por el número de sus miembros y por el tipo de facultades con las que iba a contar. Sin embargo, dicho acercamiento a la idea de división de poderes tendió a ser rechazado, para optar, en cambio, por una interpretación de la división del poder basada en un paradigma diferente, el de los “frenos y contrapesos.” Conforme con el idea l de los “frenos y contrapesos,” las ramas del gobierno ya no iban a considerarse como organizadas de un modo autónomo, y separadas entre sí por medio de infranqueables barreras. Por el contrario, el nuevo ideal adoptado sugería que las distintas ramas del gobierno debían controlarse las unas a las otras, conscientes de las ambiciones y excesos que eran propias de cada una de ellas: “la ambición debía controlar a la ambición”.

En *El Federalista* n. 51, James Madison resumió extraordinariamente los lineamientos básicos de esta filosofía constitucional, cuando sostuvo:

la mayor seguridad contra la concentración gradual de los diversos poderes en un solo departamento reside en dotar a los que administran cada departamento de los medios constitucionales y los móviles personales necesarios para resistir las invasiones de los demás. Las medidas de defensa, en este caso como en todos, deben ser proporcionadas al riesgo que se corre con el ataque. La ambición debe ponerse en juego para contrarrestar a la ambición. El interés humano debe entrelazarse con los derechos constitucionales del puesto. Quizás pueda reprochársele a la naturaleza del hombre el que sea necesario todo esto para reprimir los abusos del gobierno. ¿Pero qué es el gobierno sino el mayor de los reproches a la naturaleza humana? Si los hombres fuesen ángeles, el gobierno no sería necesario. Si los ángeles gobernarán a los hombres, saldrían sobrando lo mismo las contralorías externas que las internas del gobierno. Al organizar un gobierno que ha de ser administrado por hombres para los hombres, la gran dificultad estriba en esto: primeramente hay que capacitar al gobierno para mandar sobre los gobernados; y luego obligarlo a que se regule a sí mismo.

Por supuesto, esta filosofía encontró expresión y traducción directas en el texto de la Constitución de los Estados Unidos, como así también en una mayoría de Constituciones americanas. En ellas, como sabemos, se dotó a los distintos poderes de gobierno de los “medios constitucionales” y los “móviles personales necesarios”, capaces de impedir las previsibles “invasiones de los demás” ramas del poder (mecanismos de veto mutuo; capacidades de insistencia; formas de juicio cruzado; etc.). De esta forma, nuestro constitucionalismo optó por un diseño institucional que desde sus comienzos propició la interferencia de cada rama del gobierno sobre las demás, lo cual dejaba a la rama legislativa enfrentada a las dificultades más serias: ella era la que más tenía para perder, y la que más

riesgos tenía de ser objeto de las reacciones de las restantes.

Nuevamente, dentro de ese esquema, se torna comprensible el modo en que se concibió la independencia judicial; la forma en que se organizó el nombramiento de sus miembros; y las funciones que se asignaron a los tribunales.

Por caso, en El Federalista n. 49, y al momento de discutir sobre el lugar del Poder Judicial y el alcance de su función, James Madison dejó en claro cuál era el modo en que concebía la independencia judicial (una idea que debemos clarificar, dados los múltiples sentidos que puede tener la noción de independencia). Madison afirmó entonces que los jueces “tanto por el modo en el que son nombrados, como por la naturaleza y permanencia de su cargo, se encuentran situados demasiado lejos del pueblo como para compartir sus disposiciones habituales.” Es decir, encontramos aquí una noción de independencia que, aunque no va a ser de ningún modo ciega a otro tipo de “dependencias” indebidas del Poder Judicial, ponía un acento muy especial en la idea de independencia respecto de las presiones y aspiraciones mayoritarias. Ello así, porque se suponía que, movidos por ambiciones localistas y pasiones momentáneas, los ciudadanos y sus representantes políticos iban, por un lado, a tender a arrasar con los derechos de sus adversarios; presionar por sus intereses más estrechos y localistas; al tiempo en que iban a sentirse inclinados a forzar a todos los órganos del poder a someterse a sus designios más egoístas (*encroachment*).

Razones como las enumeradas hasta aquí son las que van a terminar por explicar la preferencia que se pudo tener para dotar a los jueces, en sus cargos, de estabilidad de por vida, mientras dure su buena conducta. En su decurso sobre la imparcialidad judicial, Hamilton mantuvo entonces:

Hay una razón más y de mayor peso a favor de la permanencia de los oficios judiciales, que puede deducirse de las condiciones que necesitan reunir. Se ha observado a menudo, y muy oportunamente, que un voluminoso conjunto de leyes constituye un inconveniente que va necesariamente unido a las ventajas de un gobierno libre. Para evitar una discrecionalidad arbitraria de parte de los tribunales es indispensable que estén sometidos a reglas y precedentes estrictos que sirvan para definir y señalar sus obligaciones en todos los casos que se les presenten; y se comprende fácilmente que, debido a la variedad de controversias que surgen de los extravíos y de la maldad humana, la compilación de dichos precedentes crecerá inevitablemente hasta alcanzar un volumen considerable, y que para conocerlos adecuadamente será preciso un estudio laborioso y dilatado. Por esta razón serán pocos los hombres en cada sociedad suficientemente versados en materia de leyes para estar capacitados para las funciones judiciales. Y si descontamos lo que corresponde a la perversidad natural del género humano, han de ser menos aún los que unan a los conocimientos requeridos la integridad que debe exigirse. Estas reflexiones nos enseñan que el gobierno no tendrá un gran número de individuos capacitados entre los cuales elegir y que la breve duración de estos nombramientos, al desanimar naturalmente a aquellos que tendrían que abandonar una profesión lucrativa para aceptar un asiento en los tribunales, produciría la tendencia de arrojar la administración de justicia en manos menos competentes y menos capacitadas para desempeñarla con utilidad y decoro.

Es decir, Hamilton –como buena parte de la dirigencia y la elite gobernante de su época- confiaba en la capacidad de unos pocos para atender los asuntos de todos, sobre la base de que sólo una pequeña minoría estaría en condiciones intelectuales y materiales para comprender, atender y finalmente resolver de modo apropiado aquellos asuntos públicos de máxima relevancia.

En resumen, lo que hemos visto aquí, de manera muy sintética, es que las decisiones sobre cómo definir las funciones del Poder Judicial; cómo determinar el alcance de sus funciones; por qué proceso escoger a sus miembros; a quiénes escoger; cómo pensar su independencia; cómo concebir su estabilidad; etc., son plenamente dependientes de una serie de supuestos acerca de la democracia; los derechos; la imparcialidad; las capacidades intelectuales de la ciudadanía; las capacidades de los grupos para actuar y decidir en conjunto; los derechos; etc.

Una pregunta relevante que debemos hacernos, entonces, es si seguimos tomando supuestos como los arriba descritos como supuestos dados, o no; y en todo caso cuáles son los supuestos de los que hoy estamos dispuestos a partir, en su reemplazo, y a qué conclusiones llegamos a partir de ellos.

II.

Contemporáneamente, es difícil seguir sosteniendo de modo público, ciertas asunciones que eran ampliamente compartidas por la clase dirigente, años atrás. En efecto, hoy es difícil seguir concibiendo a la democracia de manera tan restringida como lo hacían nuestros antecesores; o afirmar públicamente que una elite social o profesional se encuentra capacitada para reflexionar sobre el derecho de manera en que no lo está el resto de la ciudadanía. Hoy tampoco tendemos a definir de modo tan estrecho nociones como las de derechos de las minorías (tanto en el aspecto “derechos”, como en el aspecto “minorías”). Como nuestras cosmovisiones teóricas han cambiado; nuestras exigencias sobre el derecho han aumentado; nuestras expectativas han crecido también. Luego, y a resultas de todo ello, no extraña que hoy nos inclinemos a ver los resultados del derecho muy críticamente. Ocurre que el derecho se muestra incapaz de asegurarnos mucho de lo que nos prometiera desde su nacimiento.

Una mirada crítica, como la señalada, es la que se advierte, por caso, cuando analizamos la casi totalidad de las ponencias que se presentan en este coloquio, que se concentra en el análisis de la rama judicial. Nos encontramos, entonces, con casi unánimes reproches frente a la burocratización de los órganos de control judicial; su partidismo (Ballester Cardell; Rosario Serra Cristóbal); su nivel de politización (Manuel Terol); los déficits democráticos que afectan a la justicia (Carlos Balbín; César Esquinca Muñoa); su dependencia de las asociaciones profesionales (Rodríguez Vega); la ausencia de participación popular; su creciente corporativización (Manuel Terol).

Es mi impresión que estas quejas se derivan de cambios como los que hemos examinado en las páginas anteriores: hoy nos resulta inaceptable que el Poder Judicial se muestre tan impermeable frente a convicciones democráticas mayoritarias; como rechazamos que se muestre tan cercano o sensible frente a intereses políticos partidistas. Nos incomoda también que, como resultado de un aislamiento buscando en relación con la ciudadanía (recordemos la idea Madisoniana acerca de que los jueces debían situarse “demasiado lejos” del pueblo), los jueces hayan comenzado a actuar a partir de una dinámica propia, a la manera de una corporación, que crecientemente se burocratiza.

A pesar de lo extendido de tales críticas, entiendo también que todavía no tenemos completa claridad acerca del lugar adonde nos dirigen nuestras quejas, acerca del lugar apropiado que queremos se le reserve al Poder Judicial. Por caso: ¿cuál es la distancia apropiada que –según asumimos- debiera haber entre jueces y órganos políticos? ¿Nos quejamos porque queremos que los jueces sean más sensibles a nuestro acontecer político, o porque buscamos que se sitúen más lejos de la discusión política cotidiana? ¿Cuando hablamos de déficit democrático, qué es lo que queremos señalar? ¿Que los jueces debieran ser mejores intérpretes de la voluntad popular, o que debiera haber mayores oportunidades para que la voluntad ciudadana quede reflejada en las decisiones judiciales? ¿Cuando hablamos de falta de participación popular, qué es lo que estamos queriendo decir? ¿Es que estaríamos dispuestos a sostener que la ciudadanía debiera intervenir –como dijera Thomas Jefferson- más directamente en el proceso de selección y control de los jueces, para reforzar el carácter republicano del gobierno? ¿O es que simplemente elegimos esa fórmula para mostrar nuestro rechazo a la creciente burocratización que reconocemos en los órganos judiciales? Cuando criticamos la corporativización de la justicia, ¿qué es lo que efectivamente criticamos, y qué es lo que ofrecemos como contramodelo? ¿Es que proponemos un modelo de mayor control político sobre la justicia? ¿Uno de mayor control popular sobre ella? Solemos objetar, por lo demás, la composición homogénea de la justicia –su falta de apertura frente a grupos minoritarios; muchas veces, la sobre-presencia de varones, blancos, religiosos, en los puestos más altos. ¿Qué es lo que estamos dispuestos a hacer, entonces, para ponerle fin a ese tipo de hegemonía? ¿Habilitar sistemas de cuotas; abrir oportunidades de queja o veto, frente a las decisiones judiciales, a sectores minoritarios?

Responder a este tipo de interrogantes exige que clarifiquemos y desarrollemos los supuestos de los cuales partimos, en términos de democracia, constitucionalismo, derechos, minorías, imparcialidad, etc. Y aunque, según he señalado, muchos de los participantes de este coloquio tendemos a coincidir en ciertas críticas frente al modo de funcionamiento actual del Poder Judicial, entiendo que, a la vez, seguimos disintiendo acerca de los supuestos básicos de los que partimos y, por tanto, acerca de los que podrían ser nuestros puntos de llegada.

Puede ocurrir que algunos muestren incomodidad frente al actuar corporativo de la justicia, por considerarlo excesivo; pero que al mismo tiempo sigan suscribiendo la idea de que los ideales de Constitución y democracia; derechos y voluntad popular, van y deben ir por carriles separados. Para ellos, supongo entonces, la ciudadanía debe seguir estando marginada de la decisión judicial. Para ellos, supongo, la interpretación del derecho –como dijera el famoso Juez Marhsall- debe seguir siendo provincia exclusiva del Poder Judicial, con prescindencia de lo que los ciudadanos y partidos políticos puedan querer decir al respecto.

Para otros, los problemas que enfrentamos en términos de independencia judicial requieren de un aislamiento más pleno de los jueces, frente a ciudadanos, partidos políticos y asociaciones de magistrados. La solución del problema, entonces, no debería llevarnos a reconectar la ciudadanía política con los asuntos de la justicia, sino que exigiría, por el contrario, asegurar la más completa separación y aislamiento judicial, que hoy no

aseguramos.

Para otros más, los fracasos que hoy divisamos en relación con organismos del tipo Consejo de la Magistratura –los fracasos que hoy advertimos en materia de los órganos de control sobre el Poder Judicial- serían fracasos funcionales (no hemos sabido ajustar bien lo que Jon Elster denominada “las tuercas y tornillos” del órgano de control); antes que un fracaso en los principios de los que partimos (fracaso en los principios, por ejemplo, porque hay un problema serio en dejar los controles en las mismas corporaciones judiciales y políticas que hoy nos rodean, y que se encuentran institucionalmente aisladas de la ciudadanía).

En definitiva, entiendo que tendemos a coincidir en muchas de nuestras insatisfacciones frente al funcionamiento del órgano judicial, pero que seguimos estando marcados por nuestras disidencias, a la hora de definir respuestas y encontrar soluciones frente a ellas.

III.

En la última sección de este trabajo, sugeriré algunos caminos posibles para pensar sobre las preguntas que aquí están en juego –referidas al autogobierno del Poder Judicial; la elección de sus miembros; el control sobre los mismos; etc. Conforme señalara, las respuestas a interrogantes como los señalados son dependientes de tomas de posición previas –las hagamos explícitas o no- en torno a las ideas de democracia, constitucionalismo o derechos. En lo personal, sólo me interesará mostrar una manera probable de dar respuesta a los interrogantes del caso, sin asumir que el camino por mí escogido es el único o el más apropiado.

La visión de la democracia que tomo como punto de partida se relaciona con lo que la doctrina ha llamado concepción deliberativa de la democracia. Aunque es posible distinguir entre muchas y diferentes versiones de la concepción deliberativa de la democracia (Elster, 1998; Bohman, 1996; Cohen, 1989; Nino, 1991), propondré aquí una que se caracteriza por dos rasgos: primero, supondré que esta perspectiva de la democracia requiere de la aprobación de decisiones públicas luego de un amplio proceso de *discusión colectiva*. Segundo, supondré que el proceso deliberativo requiere, en principio, de la intervención de *todos aquellos que se verían potencialmente afectados* por las decisiones en juego.

Las relaciones entre esta visión de la democracia y la función judicial no resultan obvias. Un teórico de la democracia deliberativa, Dennis Thompson, realiza algunas sugerencias al respecto. Dice entonces:

La democracia deliberativa no excluye la revisión judicial como un posible arreglo institucional, pero insiste que frecuentemente habrá desacuerdo acerca de cuáles libertades deben ser inviolables, y considera que incluso cuando existe acuerdo habrá una razonable disputa acerca de su interpretación y acerca de cómo deben ser consideradas en relación a otras libertades. Las libertades son sujetas a revisión como resultado de nuevas observaciones filosóficas o de evidencia empírica y, más importante aún, de retos que surgen en las deliberaciones democráticas reales.

Thompson marca al menos dos puntos de importancia. El primero se refiere a que la revisión judicial es un arreglo institucional posible pero no exigido por la democracia deliberativa. Su aceptabilidad depende –agregaría– de los modos de la organización y ejercicio de ese control judicial. El segundo punto importante se refiere a la interpretación constitucional, y al hecho de que todos nuestros conceptos básicos –incluso aquellos referidos a derechos fundamentales– están abiertos a la interpretación –una tarea que, desde esta perspectiva teórica, no merece quedar circunscripta exclusivamente a ninguna persona o grupo particular.

Más específicamente, entonces, ¿por qué y de qué modo es que podríamos pensar la intervención judicial, desde esta perspectiva democrática?

Si partimos del hecho de que todos somos falibles, tenemos una primera razón para promover, en principio, los mecanismos que ayuden a corregir nuestras decisiones; éstas siempre estarán abiertas a incluir errores fácticos y lógicos, del mismo modo que son vulnerables a la falta de información y a los prejuicios. Además, como todos sabemos, el sistema político sufre de numerosos problemas que facilitan, con frecuencia, la aprobación de decisiones parciales. Existe una vasta literatura, tanto teórica como empírica, que refiere y documenta la influencia excesiva de los intereses más poderosos sobre el proceso político. De acuerdo con ella, el sistema político tiende a sesgarse indebidamente o a resultar demasiado sensible a la presión de ciertos grupos, lo cual afecta tanto su carácter mayoritario, como su ambición de promover la imparcialidad.

Tales dificultades deberían conseguir que los demócratas deliberativos se opusieran a decisiones que: i) terminan debilitando la deliberación presente o futura (decisiones *restrictivas de la deliberación*); ii) son producto de un sistema deliberativo disfuncional (decisiones que resultan de un *procedimiento viciado*); o iii) son el resultado circunstancial de un proceso de toma de decisiones que no consideró ciertos argumentos relevantes, o que tampoco aseguró la justificación pública de sus conclusiones (decisiones basadas en una *deliberación imperfecta*). Esto demuestra que es necesario organizar el sistema institucional para que —como alega Cass Sunstein— “favorezca una deliberación no distorsionada por el poder privado” (Sunstein, 1985: 68; Habermas, 1996: 274-286). En resumen, un sistema deliberativo bien organizado requeriría la existencia de mecanismos institucionales destinados a mantener y aumentar su carácter deliberativo.

Luego de tomar en cuenta estas consideraciones, podríamos decir que los jueces se encuentran, en términos institucionales, en una excelente posición para favorecer la deliberación democrática. En efecto, el poder judicial es la institución que recibe querellas de los que son, o sienten que han sido, tratados indebidamente en el proceso político de toma de decisiones. A sus miembros se les exige, como algo cotidiano, que observen el sistema político, con atención especial en sus debilidades, fracasos y rupturas. Más aún, los jueces institucionalmente están obligados a escuchar las diferentes partes del conflicto —y no sólo a la parte que reclama haber sido mal tratada.

Entonces, los jueces no sólo se encuentran bien situados para enriquecer el proceso deliberativo y ayudarlo a corregir algunas de sus indebidas parcialidades; sino que ello

poseen, además, diversas herramientas que facilitan esa tarea. Como consecuencia de su posición institucional y de los medios con los que cuentan, los jueces tienen grandes probabilidades de favorecer el buen funcionamiento del proceso deliberativo. Al mismo tiempo, tienen amplias posibilidades de actuar de manera respetuosa hacia a la autoridad popular: ellos poseen suficientes técnicas y medios procedimentales a su alcance para actuar en consecuencia. Pueden bloquear la aplicación de una cierta norma y devolverla al Congreso, forzándolo a repensarla; pueden declarar que algún derecho fue violado, sin imponer a los legisladores una solución concreta; pueden establecer que una violación de derechos debe corregirse en un tiempo límite, sin ocupar el lugar del legislador ni decidir cuál remedio particular debería ser aprobado; pueden sugerir al legislador una serie de soluciones alternativas, dejando la decisión final en manos del último.

Es importante advertir que lo dicho nos conduce a fundar una mirada nueva sobre la división de poderes –una mirada distinta de y desafiante frente a las miradas más tradicionales en la materia. En efecto, el modelo descrito no suscribe ni la antigua idea de la *separación estricta de poderes*, que consideraba inaceptable la interferencia de una rama del poder sobre las tareas de las restantes; ni valora la alternativa hoy dominante acerca de los *frenos y contrapesos*, que piensa a las relaciones entre las distintas ramas del poder bajo la idea de una “paz armada,” en la cual cada rama del gobierno debe estar preparada para “disparar” frente a los excesos previsibles de las demás.

Contra dichas alternativas, el ideal regulativo que organiza al modelo de la democracia deliberativa, es la idea de *diálogo democrático*. Lo que aquí se asume es que cada rama del gobierno, desde su particular lugar, y en tanto se lo permita la legitimidad de sus credenciales democráticas, debe ayudar a las otras ramas de gobierno, *dialógicamente*, en la construcción de decisiones más imparciales.

Lo dicho no significa –como algunos parecen hoy asumir, frente al renovado peso obtenido por los ideales del diálogo- que los poderes actuales deben seguir haciendo más o menos lo que hacían, pero bajo el ropaje de un nuevo lenguaje –el lenguaje del diálogo. Lo dicho significa, más bien, que debemos repensar, a partir de nuevas bases teóricas, los alcances y modalidades de la acción de los distintos poderes –en el caso que nos interesa, el Poder Judicial. Probablemente, y conforme a esta perspectiva, el Poder Judicial deba abandonar pretensiones que hoy tiene –típicamente, la de conservar la “última palabra” en materia constitucional; a la vez que deba abrirse a modalidades de intervención que hoy resultan más bien excepcionales. En todo el mundo, por caso, comienzan a explorarse hoy otras modalidades de la acción judicial, más vinculadas con la idea de la promoción del diálogo democrático

El Poder Judicial, entonces, antes que imponer su visión sobre cómo deben interpretarse los derechos y cómo deben decidirse, finalmente, los conflictos constitucionales más básicos, comienza a optar por otras formas de intervención: convoca entonces a mesas de diálogo, como lo ha hecho la Corte Constitucional en Colombia; organiza audiencias públicas, como lo ha hecho la Corte Suprema Argentina; o impugna decisiones legislativas por no haberse abierto a la voz de los sectores más directamente afectados por ellas, como lo ha decidido la Corte Sudafricana. Éstas no son las únicas

formas posibles de la intervención judicial –desde el enfoque que aquí defiendo- pero sí algunas de las formas más justificadas de esa intervención, desde el punto de vista de la democracia deliberativa.

Dado el énfasis que esta visión sobre la democracia y los derechos pone en la inclusión social, y en particular en la inclusión de la voz de los grupos más postergados de la sociedad, para favorecer la toma de decisiones más imparciales, es dable esperar que el modelo de la democracia deliberativa tenga sugerencias que hacer, en relación con las formas de nombramiento, integración y control del Poder Judicial. Según entiendo, un enfoque tal debe insistir en una composición de la Judicatura mucho más heterogénea y abierta a la sociedad civil: mujeres, minorías sociales y grupos desaventajados se encuentran hoy, en mayor o menos medida, ajenas al Poder Judicial –sobre todo en sus estratos superiores- y ello debe verse como un problema, en relación con la posibilidad de construir decisiones debidamente respetuosas de los derechos e intereses de todos. Por lo demás, el ideal de la imparcialidad judicial -asumo aquí- no resulta a favorecido por la creciente autonomización del Poder Judicial –que refuerza la endogamia del mismo- a la vez que resulta perjudicado, también, por la creciente incidencia de la política partidaria y las asociaciones profesionales en los procesos de designación de magistrados.

De manera similar, cuando la sociedad civil –y, en particular, los grupos más desaventajados de la sociedad- encuentran dificultades formales y sustantivas para acceder a los tribunales; para reprochar las decisiones de la Magistratura; para controlar el comportamiento de los magistrados; o para reclamar, colectivamente, por el tipo de maltrato público que pueden sufrir en manos de los grupos sociales dominantes; la democracia deliberativa se resiente. Otra vez, tanto la autonomización creciente del Poder Judicial; como su burocratización; su mayor dependencia de las organizaciones profesionales; o su politización partidista; sólo agravan los males que el modelo de la democracia deliberativa denuncia.

Para terminar, señalaría lo siguiente: Cualquiera sea la respuesta que uno adopte, en materia de controles sobre la Justicia; o integración del Poder Judicial; o autonomía Judicial; etc., dicha respuesta va a ser dependiente de una cierta lectura sobre el constitucionalismo, la democracia, o los derechos de las minorías. Podemos querer verlas o no, admitirlas o no, pero lo cierto es que tales concepciones están siempre presentes en las respuestas que damos a los problemas judiciales que estudiamos. De mi parte, y como forma de responder a las preguntas del caso, defendí un enfoque basado en la democracia deliberativa. Al mismo tiempo, de todos modos, me interesó mostrar que el modelo dominante en la materia también descansa sobre ciertos ideales determinados: una idea –en mi opinión- indebidamente restrictiva de la democracia; un enfoque demasiado estrecho sobre los derechos; una visión más bien elitista sobre el constitucionalismo. No se trata entonces que aquí proponga, simplemente, abandonar el viejo modelo sobre el constitucionalismo y la democracia, para adoptar un modelo alternativo, basado en la democracia deliberativa. Se trata, en todo caso, de ser conscientes de los supuestos teóricos de los que partimos; y ser conscientes de los resultados muchas veces contra-intuitivos a que tales supuestos nos llevan. Se trata de explorar, finalmente, si estamos de acuerdo con la defensa de las consecuencias que se siguen de tales supuestos –consecuencias que, como

vimos, y como nos demuestran una mayoría de las ponencias aquí presentadas- tendemos a reconocer, crecientemente, como demasiado poco atractivas.