

**SIMPOSIO:**  
**LA SALA DE MÁQUINAS DE LA CONSTITUCIÓN**

---

**¿CÓMO PIENSA LOS DERECHOS  
LA SALA DE MÁQUINAS DE LA CONSTITUCIÓN?**  
Marisa Iglesias Vila

**SIMPOSIO:**  
**LA SALA DE MÁQUINAS DE LA CONSTITUCIÓN**

**¿CÓMO PIENSA LOS DERECHOS  
LA SALA DE MÁQUINAS DE LA CONSTITUCIÓN?**

**MARISA IGLESIAS VILA**

*Universidad Pompeu Fabra*

*Edificio Roger de Llúria (Campus de la Ciutadella)*

*Ramon Trias Fargas, 25-27 – 08005 Barcelona*

*marisa.iglesias@upf.edu*

**RESUMEN:**

Este trabajo reflexiona sobre un aspecto de la mirada crítica de Roberto Gargarella a la evolución de las reformas constitucionales en América Latina: la incorporación de derechos sin una redistribución del poder institucional. Gargarella aboga por transformar el constitucionalismo latinoamericano a partir de mejorar el diálogo colectivo entre los poderes del estado, y entre estos poderes y la ciudadanía. Mi comentario sugiere que la obra de este autor descuida la relevancia de revisar también la concepción de los derechos constitucionales, revisión que puede contribuir a desbloquear diseños que acaban preservando las desigualdades sociales sin posibilitar la resistencia política a las mismas. En este sentido, defiendo que sustituyamos la comprensión tradicional de los derechos constitucionales como barreras o triunfos por una visión de los derechos como fines preceptivos o mandatos de optimización. En el trabajo apunto algunas ventajas de esta concepción revisada frente a la perspectiva liberal, y explico por qué puede ser útil para consolidar un proyecto constitucional igualitario.

**Palabras clave:** derechos constitucionales; derechos como fines; proporcionalidad; cultura de la justificación; división institucional del trabajo; calidad deliberativa.

**ABSTRACT:**

This paper comments on one aspect of Roberto Gargarella's critical approach to the evolution of constitutional reforms in Latin America: the inclusion of constitutional rights without redistributing institutional power. His proposal to transform the Latin American constitutionalism is to improve the collective dialogue between state powers, and between these powers and the citizenry. I suggest that Gargarella neglects the relevance of reviewing the conception of constitutional rights too, since such reconsideration may contribute to unblock designs which end up preserving social inequalities without enabling political resistance to them. In this vein, I propose substituting the traditional understanding of constitutional rights as barriers or trumps for the idea of rights as mandatory goals or optimization requirements. In the paper I point out some advantages of this revised conception as compared to the liberal perspective, and explain why it may be helpful in strengthening the egalitarian constitutional project.

**Keywords:** Constitutional Rights; Rights as Goals; Proportionality; Culture of Justification; Institutional Division of Labor; Deliberative Quality.

En su magnífico libro, *La sala de máquinas de la Constitución*, Roberto Gargarella nos muestra a través de la historia del constitucionalismo en América Latina las dificultades que el diseño constitucional enfrenta para poseer un efecto transformador que contribuya al cambio social (Gargarella 2014). Una de las principales conclusiones de su estudio es que las sucesivas reformas constitucionales en la región, a pesar de su muchas veces proclamada vocación igualitaria, todavía no han conseguido, después de dos siglos de constitucionalismo, frenar el drama de la desigualdad y, por tanto, han fracasado

en hacer justicia a dos aspiraciones básicas: el autogobierno colectivo y la autonomía individual. Gargarella considera que este fracaso es debido, entre otros factores, a ciertos defectos reiterados que él identifica en los intentos de reforma constitucional. Por una parte, las demandas ciudadanas se han canalizado a través de la ampliación del catálogo de derechos, sin que esta ampliación haya ido acompañada de las debidas reformas en la distribución del poder institucional. Por otra parte, los cambios constitucionales no han prestado suficiente atención a la dinámica interna de una Constitución, desatendiendo el impacto tanto interno como cruzado de estas reformas dentro de la propia Carta Magna, y mezclando modelos constitucionales diferentes en áreas donde tienden a entrar en conflicto (Gargarella 2014: 247-254, 256 y 355). El efecto de estos diseños constitucionales defectuosos ha sido mantener un marco constitucional que contribuye a la preservación económica de las desigualdades sociales limitando, a su vez, la posibilidad de resistir políticamente a las mismas (Gargarella 2014: 351).

A nadie se le escapa que una Constitución es el reflejo jurídico de la historia y cultura política de una sociedad, con la que comparte sus tiempos, contradicciones y desajustes. A la vez, una Constitución es en su estructura un documento jurídico y, como tal, padece los problemas generales que encuentra el Derecho, al simplificar y apropiarse de realidades sociales más complejas, para constituir un genuino motor de cambio. No es menos cierto, por último, que el poder transformador de un diseño constitucional está mediatizado por otros cambios de base en las condiciones económicas y sociales de la comunidad política. Gargarella es, por supuesto, plenamente consciente de las limitaciones externas que enfrenta toda reforma constitucional en el avance hacia sociedades más igualitarias (Gargarella 2014: 361 y 362), pero su enfoque es más bien interno a la coherencia de la dinámica constitucional, mostrando cómo los malos diseños, incluso desde intentos de reforma bienintencionados, pueden contribuir a entorpecer los objetivos igualitarios que los motivan.

A pesar de mi desconocimiento de la historia del constitucionalismo latinoamericano, es claro que el estudio de este autor aporta diagnósticos convincentes y conclusiones muy atinadas que se derivan de ellos. Resultaría difícil negar que unos mejores diseños constitucionales en la región, especialmente atentos a la necesidad de reorganizar el poder en sus salas de máquinas, hubieran permitido sentar bases más sólidas para un proyecto igualitario en términos de autogobierno colectivo y autonomía individual. Una lección palmaria que aprendemos del recorrido histórico que traza el libro es que el lenguaje de los derechos en la Carta Magna se acerca a un brindis al sol cuando no va acompañado de una organización institucional que canalice el poder político en la dirección adecuada, pero también cuando no recibe el empuje de una ciudadanía comprometida y activa, con capacidad de asegurar que todo este engranaje se usa para proteger los derechos que promete.

Sin embargo, Gargarella es en ocasiones ambivalente en su forma de percibir estas reformas en la medida en que algunas de sus preocupaciones están influidas por su visión normativa del constitucionalismo. Me centraré en un punto de su visión normativa, que queda plasmado en cómo se acerca a los derechos y los vincula al protagonismo del Poder Judicial. Expresaré algunas inquietudes con su posición que, a mi entender, podrían ser relevantes cuando nos preguntamos hacia donde debería navegar el futuro constitucionalismo latinoamericano para no actuar como otro freno más en el empeño igualitario.<sup>1</sup>

La preocupación por la relación entre los derechos y la distribución del poder es un eje central de *La sala de máquinas de la Constitución*, y aquí me interesa distinguir dos aspectos, interrelacionados pero distintos, de la mirada crítica de

1. Pido disculpas de antemano por el nivel de abstracción en el que se moverán mis comentarios, con lo que, seguramente, no haré justicia al tipo de análisis que Gargarella ha emprendido en esta obra.

Gargarella a un uso más bien precipitado del lenguaje de los derechos en el constitucionalismo latinoamericano.

El primer aspecto es el problema de incorporar derechos en los textos constitucionales sin la reflexión necesaria en torno a qué cambios en la distribución del poder político serían adecuados para asegurar su protección efectiva (un déficit de racionalidad medio a fin). Esta cuestión se refleja en las tensiones internas que los constituyentes contemporáneos latinoamericanos provocaron cuando, en palabras del autor, “intentaron dispersar el poder mediante la distribución de derechos, al tiempo que concentraban el poder, a través de las instituciones políticas” (Gargarella 2014: 285). El resultado de esta combinación han sido constituciones que amplían generosamente los derechos tradicionales de la ciudadanía, incluyendo derechos sociales y culturales, pero limitando la voz de esa misma ciudadanía en la organización y control de su protección e implementación. Ejemplo de esta combinación perversa es la persistencia de esquemas liberal-conservadores (con la lógica de libertades políticas restringidas y libertades civiles amplias) junto a la introducción de derechos sociales; también lo es la consolidación de sistemas generosos en derechos y mecanismos de democracia directa en el marco de regímenes presidencialistas con un poder ejecutivo fuerte, hostiles a la participación cívica (Gargarella 2014: 256-257).

Pero hay un segundo aspecto que me interesa destacar y en el que centraré mi atención. Gargarella asume que la inclusión de derechos ha tenido importancia para dar visibilidad y empoderar a los grupos más oprimidos (Gargarella 2014: 251, 331). A pesar de ello, opina (al igual que muchos otros, por descontento), que la sucesiva incorporación de derechos constitucionales comporta otorgar un protagonismo excesivo al poder judicial, algo que no contribuiría al avance igualitario visto desde el equilibrio entre una mejor protección de derechos y una ampliación de la participación democrática. En sus términos, “dado el modo en que pensamos los derechos y actuamos en relación a ellos, todo robustecimiento de la sección de

derechos implicaría, en principio, una transferencia de poder hacia el Poder Judicial” (Gargarella 2014: 252). Gargarella problematiza esta transferencia de poder, especialmente, en lo que atañe a los derechos sociales y los derechos de los pueblos indígenas. Sobre los primeros, el autor indica que adoptar el lenguaje de los derechos sociales para canalizar *la cuestión social* ha supuesto un giro muy relevante del pensamiento radical que, sorprendentemente, ha contribuido a obstaculizar su programa igualitario para la región. Así, indica,

Extrañamente, parecía que la izquierda había aprendido a hablar el lenguaje liberal de los derechos (...) Se reclamaba, entonces, por la inclusión de mayores derechos sociales en la Constitución, algo que nunca antes había hecho así, al menos de ese modo tan formalista. La noción de “derechos sociales” vino a representar la traducción, en el siglo XX, de la vieja preocupación radical por la “cuestión social”. Más aún, al insistir en este peculiar tipo de enfoque, el pensamiento radical contribuiría también a judicializar cuestiones que eran sobre todo políticas, a la vez que facilitaba la individualización de conflictos que eran sobre todo colectivos (Gargarella 2014: 240).

Gargarella ofrece una reflexión crítica similar en lo que atañe a la canalización de *la cuestión indígena* a través de la expansión de derechos de los pueblos indígenas vinculados a la lengua, la tierra y la cultura. De nuevo en sus palabras:

Lo problemas involucrados en esta respuesta legalista son numerosos: la idea de derechos no sólo tiende a simplificar en extremo lo que es demasiado complejo (sugiriendo respuestas fundamentalmente jurídicas para la atención de problemas que fundamentalmente no lo son), sino que además promueve la judicialización de cuestiones que merecen una atención y un tipo de soluciones que son primordialmente extrajudiciales (más aun, teniendo en cuenta el tipo de sesgos que suelen marcar a la decisión judicial; a la vez, tiende a individualizar reclamos principalmente colectivos (...), y amenaza con expropiar a las comunidades del poder de decisión sobre sus conflic-

tos. A la vez, cabe notar que los reclamos, los intereses y las necesidades de las comunidades indígenas, entran fácilmente en colisión con los propios de las comunidades “dominantes” (Gargarella 2014: 322-323).

El autor argentino expresa su descontento con esta judicialización de la vida política que el reconocimiento de derechos incentivaría afirmando que “el drama de la desigualdad social no merece tener a abogados y jueces como actores y protagonistas principales” (Gargarella 2014: 364). Su sugerencia para alejar este drama es poner los esfuerzos en la deliberación colectiva, en el diálogo abierto y persistente entre los poderes, y entre éstos y una ciudadanía activa y protagonista. En suma: menos Derecho y más política.<sup>2</sup>

Es fácil estar de acuerdo con la importancia de adoptar una mirada crítica ante el uso de los derechos como herramienta emancipadora, actitud que, por ejemplo, caracteriza buena parte de la respuesta feminista al programa liberal del derecho antidiscriminatorio y muchas de las resistencias al discurso liberal de los derechos humanos. Reconocer derechos es obviamente insuficiente en contextos de desigualdad estructural. Asimismo, puede llegar a resultar contraproducente. Por una parte, su implementación con medidas de mejora para los grupos desaventajados entra en conflicto con derechos que protegen el estatus quo que beneficia a los grupos dominantes. Por otra parte, simplifican realidades más complejas, lo que permite seguir manteniendo estereotipos que posicionan negativamente a los más vulnerables. Como se suele destacar, el lenguaje de los derechos, capturado desde las posiciones de dominio social, sirve para crear y fortalecer universalizacio-

2. En este trabajo no voy a profundizar en la distinción entre Derecho y política, aunque considero que estos dos conceptos tienen una relación mucho más estrecha que la que este autor asume, especialmente cuando mantenemos una concepción interpretativa del Derecho y una perspectiva moralizada de la política.

nes de lo particular con efectos subordinantes, que excluyen a aquellos que son juzgados como diferentes (Young 1990; Kapur 2006). Por último, pueden incentivar la adopción de perspectivas individualizadas frente a problemas estructurales, óptica que se consolida a través de los límites que posee un proceso judicial.

No obstante, esta perspectiva crítica tiene como objeto una determinada forma de concebir los derechos, la manera liberal-conservadora de entenderlos, en la que los derechos son “límites o barreras frente al poder” (Gargarella 2014: 286), comprensión de los derechos que es la que parece manejar el propio autor en la obra. Desde esta concepción, tanto los derechos sociales como los derechos de los pueblos indígenas o bien acaban siendo objetos extraños que aumentan las contradicciones internas del armazón constitucional, o bien acaban siendo deformados hasta convertirlos en herramientas inútiles para resolver la cuestión social y la cuestión indígena, como muestra la evolución histórica del constitucionalismo en la región. La apuesta de futuro de Gargarella para el constitucionalismo latinoamericano es reforzar el aspecto democrático y de movilización política para impulsar el cambio social, pero sin plantearse en ningún momento la necesidad e importancia de transformar también la concepción de los derechos. ¿Es la comprensión liberal la única concepción disponible de los derechos? Mi intuición es que no es así. Gargarella lamenta que el radicalismo acabara incorporando en su discurso el lenguaje de los derechos, haciéndole perder radicalidad, es decir, su esencia crítica de movilización social emancipadora (Gargarella 2014: 365), y yo comparto su decepción en este punto. Pero lo que incorporó el radicalismo en su discurso es una concepción liberal de los derechos constitucionales.

En vez de alejarse de un lenguaje ajeno de los derechos, ¿no podría el pensamiento radical apropiarse del lenguaje de los derechos (como ha hecho siempre el liberalismo-conservador) para construir una concepción “radical” de los mismos? ¿No podría el radicalismo usar su energía movilizadora para que

esa concepción de los derechos triunfe frente a otras que, como se ha visto en la práctica, no favorecen la inclusión social? En la búsqueda de fórmulas constitucionales que contribuyan al avance igualitario, mi inquietud con la importante aportación de *La sala de máquinas de la Constitución* es que no explore esta posibilidad.

Construir las bases de una concepción “radical” de los derechos que resulte adecuada para el constitucionalismo latinoamericano es un proyecto sumamente ambicioso que, por supuesto, escapa a mis posibilidades y a la finalidad de este breve comentario. De todos modos, voy a sugerir algunas líneas de trabajo que podrían ser útiles para repensar los derechos en esta dirección y que, a la vez, conducen hacia una mayor complementariedad entre la lógica de los derechos y la lógica de la deliberación democrática.

Frente a la tradicional concepción de los derechos constitucionales como barreras, triunfos o *side constraints*, en la que los derechos son razones morales que limitan el ejercicio del poder, podemos oponer la idea de derechos como razones morales *para* el ejercicio del poder. En la primera concepción, los derechos actúan como razones excluyentes respecto a cualquier consideración externa a los propios derechos. En virtud de ello, señalan los puntos rojos (vinculados a intereses, necesidades o elecciones de las personas) que delimitan los márgenes de la autonomía institucional en la persecución de intereses colectivos. En la segunda, los derechos son razones que orientan la acción de gobierno. La protección de los bienes que dan contenido a los derechos es una meta moral que el poder institucional tiene la función de perseguir.

El contraste entre estas dos perspectivas de los derechos constitucionales no pretende reflejar la distinción entre las diversas generaciones de derechos ni la distinción entre derechos negativos y positivos. Mi asunción es que podemos usar la segunda concepción para articular una aproximación general a los derechos constitucionales, y que ésta se acopla mejor al pensamiento radical e igualitario. Los derechos

constitucionales serían entonces un tipo de metas sociales que deben ser incorporadas en los programas de acción de gobierno. Aquí estaríamos defendiendo una visión de los derechos como fines preceptivos (*rights as goals*, empleando la terminología de Amartya Sen (Sen 1982; 1985: 216-221)),<sup>3</sup> o mandatos de optimización, usando la de Robert Alexy (Alexy 1993: 86-87), derechos que son tales porque, y en la medida en que, justifican alguna combinación interrelacionada de obligaciones institucionales dirigidas a su respeto, protección y satisfacción.<sup>4</sup>

Partiendo de esta aproximación, determinar cuál es la combinación de deberes que los derechos constitucionales justifican requiere un permanente balance de razones que gira alrededor de tres cuestiones básicas: 1) cuáles son las peculiaridades del contenido de cada derecho, 2) qué otras razones

3. Aunque sólo pretendo tomar prestada su nomenclatura, la idea de Sen de *rights as goals* forma parte de su proyecto multidimensional de un enfoque de las capacidades que no puedo resumir aquí. Sólo quiero destacar que su visión de los *rights as goals* supone una aproximación consecuencialista de los derechos, que no coincide ni con una perspectiva utilitarista, en la que los derechos serían instrumentales a cálculos de utilidad, ni con el deontologismo liberal de los derechos. En su comprensión se trataría de metas sociales con valor intrínseco que el estado debe perseguir por imperativo moral, lo que atribuye un disvalor muy alto al resultado social de su no satisfacción.

4. Aunque sin usar estos tres términos, que provienen de Asbjørn Eide, esta combinación de deberes fue originariamente propuesta por Henry Shue en crítica a la tradicional distinción entre derechos negativos y positivos. Para este autor, la satisfacción plena de todos o la mayoría de derechos morales está asociada a un cúmulo de deberes de acción y omisión que poseen una relación de interdependencia. En concreto, esta satisfacción está correlacionada con tres tipos de deberes: a) deberes de no privar del derecho, b) deberes de proteger frente a la privación del derecho y c) deberes de ayudar a los que han sido privados del derecho. El cumplimiento de estos tres deberes es necesario para la satisfacción tanto de los derechos a la seguridad física o a la libertad, supuestamente negativos, como del derecho a la subsistencia, que suele ser percibido como derecho positivo (Shue 1980: 51-55).

relativas a derechos constitucionales están involucradas en el ámbito de decisión, y 3) qué otras metas constitucionales, moralmente valiosas, deben ser atendidas por el poder institucional en el ejercicio de su función.<sup>5</sup>

Hay tres consecuencias inmediatas que esta perspectiva de los derechos incorpora en la dinámica constitucional. Por una parte, los derechos, a diferencia de lo que sucedería desde su comprensión como barreras o triunfos, pierden su carácter de razones excluyentes por lo que respecta a otras razones morales en el ejercicio del poder.<sup>6</sup> Por otra parte, y dado este rasgo, la implementación de cualquier derecho constitucional está sujeta a un análisis de proporcionalidad: los derechos constitucionales son ponderables, no sólo frente a otros derechos constitucionales, sino también frente a otras razones constitucionales moralmente valiosas (y consideraciones fácticas de viabilidad). Pensemos, por ejemplo, en un objetivo social complejo como el de disminuir la desigualdad estructural en cuestiones de género, que posee una extrema importancia desde el punto de vista

5. Atendiendo a la máxima “debe implica puede”, en este ejercicio deliberativo también intervienen consideraciones de viabilidad y de posibilidades fácticas vinculadas a recursos y a los instrumentos institucionales de los que se dispone o se puede llegar a disponer. Sobre la relación entre la idea de derechos y el balance entre razones diversas véase, especialmente, Raz (1984: 194-214; 2010: 31-47).

6. Los derechos pasan a ser razones excluyentes en otro nivel, en el nivel de su no ponderabilidad con otras razones para la acción de gobierno que no sean morales o que no posean una conexión instrumental con razones morales. En este sentido, aunque los derechos como fines cuadrarían bien con la concepción alexiana de los derechos fundamentales como principios, es decir, como mandatos de optimización, creo que debería ser menos abierta. Lo sería en el sentido de que Alexy, aunque habla de una preferencia *prima facie* entre los derechos (individuales) y los bienes colectivos, con una carga de la argumentación a favor de los derechos en caso de empate o duda en el balance, incluye en esta idea cualquier bien colectivo. Yo diría, más bien, que si hay bienes colectivos que no sean moralmente valiosos, los derechos deberían actuar como razones excluyentes. Sobre la posición de este autor véase Alexy (2004: 201-208).

de la moralidad política. Éste es, claro está, un objetivo social a largo plazo que no puede materializarse sin una deliberación y un balance permanentes entre diversas razones para el ejercicio del poder. El progreso igualitario en esta materia sólo es esperable desde una reflexión abierta y continuada, en constante revisión, en torno al alcance del objetivo de justicia que se persigue (que no se agota en una cuestión de derechos), el valor y eficacia de cada medida institucional, la relevancia y peso de cada derecho involucrado y las posibilidades de transformación de dinámicas sociales asentadas.<sup>7</sup>

Afirmar que los derechos constitucionales son ponderables no implica, sin embargo, que lo sean frente a cualquier objetivo de políticas públicas. Su carácter de metas sociales no los convierte en simples directrices políticas (*policies*).<sup>8</sup> Si el

7. Pensemos, por ejemplo, en la diversa actitud que los tribunales han adoptado en la valoración de las medidas de acción positiva y su compatibilidad con los derechos fundamentales. En Europa, la perspectiva del Tribunal Constitucional español, por mencionar uno, resalta considerablemente con la que ha adoptado tradicionalmente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El primero ha tratado de analizar estas medidas desde un equilibrio ponderado entre la importancia social de caminar hacia una igualdad efectiva entre hombres y mujeres y el derecho a la igualdad de trato de los individuos perjudicados por las mismas (STC 12/2008, de 29 de enero y STC 13/2009, de 19 de enero). El segundo, en cambio, ha mantenido una concepción muy robusta del derecho a la igualdad de trato, en la línea liberal, y ha utilizado este derecho como auténtica barrera frente a la acción positiva. En este sentido, ha declarado reiteradamente incompatibles con el Derecho de la UE todas aquellas medidas de acción positiva en el acceso al trabajo y la promoción profesional que, en caso de igualdad de méritos e infrarrepresentación en el sector, otorgaban una preferencia directa a la mujer frente al candidato varón (véase, entre muchas otras, STJCE de 17 de octubre de 1995, asunto *kalanke*, y STJCE de 11 de noviembre de 1997, asunto *Marschall*). Sobre la importancia de este balance ponderado de razones en la acción positiva, véase la breve pero poderosa reflexión de Fiss (Fiss 1997: 37-38).

8. Siguiendo a Ronald Dworkin, dentro de los estándares normativos que orientan hacia una solución o resultado, los principios (en sentido estricto) constituirían razones de justicia o corrección moral. Las directrices políticas

estado, para poner otro ejemplo, tiene interés en preservar la tradición del matrimonio heterosexual, y preservar esta institución limita los derechos de las personas homosexuales, estos derechos no serían ponderables frente al interés del estado, a no ser que la autoridad institucional pudiera mostrar que esa institución tradicional es moralmente valiosa y, por tanto, que hay razones de moralidad política para imponerla.

Por último, los derechos como fines demandan una lógica incremental. A medida que las posibilidades fácticas, políticas y jurídicas se van alineando en la dirección que los derechos demandan, mayor puede ser (y debe ser) el nivel de exigencia respecto a cómo y en qué medida nos vamos acercando al objetivo de su pleno respeto, protección y satisfacción: a mayor posibilidad de acción, mayor responsabilidad de acción. Por consiguiente, esta concepción de los derechos nos permite pasar de un constitucionalismo preservador (usando la terminología de Mauricio García Villegas) (García Villegas 2012: 89-110) a un constitucionalismo “en movimiento” que, en paralelo a la famosa metáfora del barco de Neurath, pretende consolidar los pasos dados en el avance igualitario al tiempo que busca mecanismos para ir profundizando en el ideal igualitario.<sup>9</sup> Si

o *policies*, en cambio, constituirían razones que no poseen carácter moral (Dworkin 1977). Aunque Alexy ha criticado esta distinción de Dworkin (Alexy 1993: 111), a diferencia de lo que él piensa, creo que debe ser mantenida y que no requiere asumir que los principios son razones relativas a derechos individuales mientras que las *policies* son razones vinculadas a bienes o intereses colectivos. La relevancia de esta distinción reside en que nos permite separar las razones morales de las razones no morales para el ejercicio del poder. Además, no reducir estas razones morales a los derechos individuales puede ser central para un pensamiento radical crítico con la lógica liberal-conservadora.

9. Prefiero utilizar la expresión “constitucionalismo en movimiento” en vez de la expresión “constitucionalismo aspiracional” que García Villegas usa para contrastarla con el constitucionalismo preservador. Ello es así porque su comprensión (sociológica) de un constitucionalismo aspiracional incorpora dos ideas que pretendo poner en duda desde una comprensión (normativa) del constitucionalismo en movimiento. Por una parte, una con-



tomamos en serio esta idea, el reconocimiento constitucional de derechos no sería un punto de llegada sino un punto de partida que orienta la acción de gobierno como un faro en la noche. De ahí que la inclusión de un nuevo derecho constitucional, aunque pueda empezar constituyendo, como observa Gargarella, una mera cláusula dormida (Gargarella 2014: 261-266), será una cláusula portadora del potencial normativo que presiona hacia la búsqueda de las condiciones adecuadas para su despertar.

¿Qué podría aportar esta comprensión de los derechos al pensamiento radical y en qué medida se acerca a la exigente democracia participativa que Gargarella tiene en mente en sus conclusiones como receta para el futuro constitucionalismo latinoamericano?<sup>10</sup>

En el tradicional debate entre democracia y derechos, en el que no voy a entrar, la idea de los derechos constitucionales como fines sería extraña a entender el ámbito de los derechos como una esfera de lo indecible o como un coto vedado susstraído a la deliberación política o a las preguntas sobre quién decide y quién debe ejercer qué responsabilidad.<sup>11</sup> Estas preguntas, sin embargo, se transforman aquí en una pregunta acerca de cuáles son los instrumentos idóneos para orientar la dinámica constitucional hacia el horizonte de los derechos. Desde esta última pregunta, y dada la complejidad de tal meta social, que involucra necesariamente a actores diversos tanto sincrónica como diacrónicamente, esta concepción de los

---

cepción liberal de los derechos como triunfos. Por otra parte, una visión muy restrictiva del Derecho cuando se afirma que el Derecho mira al pasado mientras que la política mira hacia el futuro.

10. En este comentario he obviado las posibles debilidades de esta concepción de los derechos y las críticas que podría recibir. Mi intención es más bien destacar que la concepción liberal no es la única posible y que valdría la pena explorar con detenimiento esta posibilidad.

11. Sobre esta discusión, véase, por todos, el magnífico panorama trazado en Bayón (2010).

derechos no podría funcionar sin una teoría adecuada sobre qué división del trabajo institucional y social cabe exigir para conducir este gran proyecto colectivo.<sup>12</sup> Sólo apuntaré algunas consideraciones en este sentido, que pueden ser útiles para pensar el lineamiento que podría seguir una teoría de este tipo.

Una cuestión importante que cabe considerar es lo que David Dyzenhaus, utilizando la nomenclatura acuñada por Etienne Muerinik, denomina “una cultura democrática de la justificación” como compromiso que la Constitución irradia sobre el poder público. En sus términos:

A culture of justification is not only one in which parliamentarians offer political justifications to the electorate for their laws, but is also one in which they offer legal justifications in terms of the values set out in the bill of rights. That is a kind of political justification. But it is more than a justification of why one policy is better than another since it is also a justification of why the policy is consistent with the legally protected rights of those it affects. Moreover, it is a justification not only to citizens but also to courts, a feature inherent in the structure of a bill of rights that permits rights to be limited (Dyzenhaus 2015: 425-426).<sup>13</sup>

Así, desde esta cultura constitucional, la actividad de cualquier institución pública (administrativa, legislativa o

12. Podríamos decir, en este sentido, que en contraste con la concepción liberal de los derechos, los derechos como fines tienen una orientación conceptual directa con lo que Charles Beitz, siguiendo a Joel Feinberg, denomina “the supply-side” de los derechos. Aquí no podemos entender los derechos sin entender también qué tipo de responsabilidades institucionales tienen la capacidad de justificar. Sobre este concepto véase Beitz (2009: 59-72).

13. Dyzenhaus sigue la distinción de Muerinik entre la cultura de la justificación, que se basa en los argumentos y la persuasión, de la cultura de la autoridad, basada en el poder coercitivo y la voluntad soberana. Sobre la idea de la cultura de la justificación véanse, también, Cohen-Eliya y Porat (2011); Kumm (2010).

judicial) está sujeta a una demanda de justificación centrada en el objetivo de proteger derechos humanos y fundamentales. Esta idea posibilita distinguir dos dimensiones en una cultura democrática de la justificación. La primera es una dimensión pasiva, en la que el poder político se compromete a justificar que su programa de gobierno no es incompatible con los derechos constitucionales; la segunda es una dimensión activa, en la que el poder político se compromete a justificar que sus políticas públicas contribuyen a mejorar los derechos reconocidos en la constitución. En mi opinión, los derechos constitucionales como fines, y su carácter de razones para el ejercicio del poder, los vincula conceptualmente a la exigibilidad de una cultura de la justificación en ambas dimensiones.

Pensando ahora en el gobierno y el poder legislativo, esta cultura se plasma en el compromiso con la calidad deliberativa. Tal compromiso consiste en la buena fe argumentativa y en el esfuerzo persistente por ganar tanto profundidad en el balance de razones como amplitud en las razones que se consideran (Gargarella 2016). Pero también se plasma en la aceptación del control externo de los resultados deliberativos (judicial, ciudadano, internacional), y en la búsqueda de mecanismos internos de control de la calidad deliberativa, no sólo a través de los órganos consultivos tradicionales, sino articulando comités de supervisión interna dirigidos a asegurar la efectividad en la protección legislativa de los derechos constitucionales.<sup>14</sup> Por último, dado que los derechos como fines pueden ser perseguidos de diversas formas, esta concepción da pie a una cultura de la justificación que sea sensible tanto a la unidad de propósito institucional como al pluralismo en

14. Sobre la potencialidad de estos comités para mejorar el rol del parlamento en la protección y satisfacción de derechos básicos véase, por ejemplo, el estudio sobre el JCHR (UK Parliament's Joint Committee on Human Rights) en Hunt, Cooper y Yowell (2015: caps. 6 y 7).

los modos de alcanzar estos fines. Volveré sobre este punto un poco más adelante.

Dentro de esta cultura que irradia del constitucionalismo “en movimiento”, el poder judicial juega un papel básico en la división del trabajo institucional, lo que nos permite percibir su función con menos desconfianza que la que expresa Gargarella en su análisis (y que viene acompañada de una gran confianza en el potencial inclusivo y deliberativo de la participación política). Los jueces, en cada uno de sus respectivos ámbitos competenciales, tienen la responsabilidad de consolidar los logros, generalmente parciales, obtenidos en el nivel constitucional desde mecanismos jurídicos de protección. Como ha observado Ronald Dworkin, a diferencia de otros poderes del estado, que pueden combinar argumentos de principio con argumentos de políticas públicas, su tarea consiste en desarrollar argumentos de principio (Dworkin 1977: 82-84). En concreto, la función jurídica de los jueces, desde la concepción interpretativa del Derecho que suscribo, consiste en decidir todos los casos que se presentan a su jurisdicción desde el compromiso con la igualdad axiológica ante la ley, es decir, el compromiso de aplicar a todos los casos un conjunto coherente de principios formales y materiales que justifican el uso del poder a partir de su conexión interpretativa con decisiones institucionales previas (Dworkin 1986; Iglesias Vila 2015). Esta perspectiva nos permite destacar dos cuestiones que son relevantes en lo que aquí nos importa. En primer lugar, sería precipitado considerar que la función judicial mira al pasado, mientras que la política mira hacia el futuro, de modo que si estamos pensando más allá de un mero constitucionalismo preservador, los jueces no podrían ser también nuestros aliados. Si percibimos a los jueces como actores dentro de la novela constitucional en cadena, usando la metáfora de Dworkin, su función mira al pasado pero buscando interpretar las decisiones previas a la luz de los principios que las justifican (rol que consiste en armonizar valores formales y materiales). Esta visión de la función judicial casa bien con la lógica de los

derechos como fines.<sup>15</sup> En la protección de derechos constitucionales, el papel del poder judicial, y del juez constitucional, es a la vez modesto y básico: modesto (o subsidiario, podríamos decir), porque son órganos constreñidos a ofrecer razones jurídicas a través de canales jurídicos; básico, porque desde esa modestia tienen la función de garantizar que el resto de poderes del estado se compromete con las dos dimensiones de la cultura de la justificación que he comentado.

En segundo lugar, y retomando la idea de una cultura de la justificación que persigue un equilibrio entre la unidad de propósito y el pluralismo en los modos de alcanzar la meta social de los derechos, el poder judicial debería ser pensado desde una división cooperativa del trabajo institucional. La judicatura no ejerce una tarea aislada que pueda ser comprendida sin prestar atención a qué contribución le corresponde dentro de una estructura constitucional que persigue el avance igualitario. Gargarella es crítico con el protagonismo judicial, especialmente en lo que atañe a la implementación de derechos sociales y derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica. Pero, de nuevo, el papel de los jueces respecto a estos y otros derechos constitucionales debe ser ubicado dentro de la división del trabajo institucional que la idea de derechos como fines demanda. Lo que falta articular, en mi opinión, es una buena teoría normativa que, a través de un adecuado balance de las razones de moralidad política en juego, relacione esta concepción de los derechos con el lugar que corresponde a cada institución para coadyuvar en el avance en términos del respeto, protección y satisfacción de los derechos reconocidos en la carta Magna.

De esta guisa, no es que los jueces sean órganos que carecen de legitimidad democrática, sino que su legitimidad de-

15. Quiero advertir que mantener una visión interpretativa del Derecho de corte dworkiniano no implica aceptar la famosa concepción de Dworkin de los derechos como triunfos.

mocrática está condicionada a su adecuada inserción en este organigrama institucional; y ello no sólo en lo que respecta al diseño general de sus potestades jurisdiccionales, también en sus modos de actuación en la concreción y aplicación de cada derecho en particular. Tal inserción depende de múltiples factores y circunstancias, de modo que sólo podremos alcanzar conclusiones razonables en este punto desde una perspectiva contextualista.<sup>16</sup> Es cierto, como muestra muy bien Gargarella, que la ampliación de los catálogos de derechos en la región no ha ido acompañada de los cambios necesarios en la sala de máquinas de la Constitución. Pero esto todavía no nos dice nada sobre si estos cambios deben ser realizados tomando como punto de partida una revisión de la idea de los derechos, o bien dejando intacta la concepción de los derechos y confiando en una participación política ampliada y mejorada. A mi juicio, una buena opción es revisar nuestra comprensión de los derechos pero mostrando, al mismo tiempo, que esta idea revisada coloca a los derechos más cerca de los ideales de la democracia participativa.

En este empeño es importante entrar, aunque sea muy brevemente, en el rol de los ciudadanos en el proyecto igualitario a través del marco constitucional. La ciudadanía es a la vez destinataria de los derechos de participación política y actora fundamental de la constitución “en movimiento” porque, como insiste Gargarella con la lucidez que le caracteriza, el engranaje institucional no se sostiene por sí mismo ni avanza por inercia sin movilización política y social (Gargarella 2014: 361; García Villegas 2012: 93-94 y 96-97). Desde los derechos como fines, la dinámica constitucional no sólo debe dirigirse a la preservación de los derechos políticos que la Carta Magna reconoce, sino también a su mejora y profundización. Asimismo, una ciudadanía que es actora en el devenir de este diseño

16. En general, sobre la importancia de adoptar una perspectiva contextualista en la fundamentación del constitucionalismo, véase Bayón (2010).

constitucional adquiere una responsabilidad fundamental de movilización social para asegurar el avance igualitario, por medio del control e impulso de las instituciones en la dirección adecuada, pero también contribuyendo a la revisión de valores y al replanteamiento de los balances realizados en cada momento histórico a la luz de nuevas circunstancias y retos. La ciudadanía, podríamos decir, es la responsable última de mantener la “radicalidad” en esta lógica de los derechos.<sup>17</sup> Por esta razón, los derechos de participación ciudadana poseen tanto un valor intrínseco (basado en la igualdad política) como un valor instrumental.<sup>18</sup> La profundización en los derechos de participación política contribuye a facilitar el ejercicio de esta responsabilidad ciudadana y, a la vez, la relevancia de esta responsabilidad contribuye a reforzar la importancia de los derechos de participación política.

Una de las preocupaciones habituales de los demócratas igualitarios es la de quién está mejor situado para decidir en cuestiones de justicia en el seno de la comunidad política. Gargarella defiende que “la justicia institucional por la que aquí se aboga, requiere seguramente de un proceso abierto y persistente de diálogo colectivo, es decir, uno que incluye el diálogo entre poderes, pero que no se agota en él. Este diálogo público, que incorpora a la propia ciudadanía en su centro, y no en los márgenes, necesita incentivarse y respaldarse también constitucionalmente” (Gargarella 2014: 365).

17. Seguramente, mantener esta “radicalidad” comporta también otro tipo de responsabilidades ciudadanas, igualmente ponderables, que afectan a las decisiones que las personas adoptan en su vida cotidiana. En esta línea se mueve la idea de un ethos igualitario defendida por Gerald Cohen en crítica a la concepción rawlsiana de la justicia. No podré entrar aquí en esta cuestión, aunque creo que Gargarella estaría de acuerdo en este punto (Gargarella 2014: 361). Sobre la idea de un ethos igualitario véase Cohen (1997: 5-7; 2001: 166-175).

18. Sobre la importancia de combinar las consideraciones de valor intrínseco con las de valor instrumental en una teoría normativa de la dinámica constitucional véase, por ejemplo, Bayón (2010).

Me interesa vincular la referencia de Gargarella a la importancia de la conversación colectiva para asegurar el avance igualitario con la línea crítica que este autor ha seguido, especialmente en su artículo “Tribunales internacionales y democracia: enfoques deferentes o de interferencia” (Gargarella 2016), respecto de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Gelman v. Uruguay*, (24 de Febrero de 2011). Uno de los argumentos centrales de su crítica a esta sentencia, que declaró incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos la Ley de caducidad sancionada en Uruguay, reside en la calidad deliberativa que acompañó a esta decisión nacional. Para Gargarella, se trataba de una decisión democrática “fuerte” porque cumplía las exigencias de su concepción de la democracia deliberativa, es decir, fue fruto de un proceso colectivo de debate profundo e inclusivo. En su opinión, la Corte debería haber sido deferente con esta ley porque, de un lado, vino precedida de un intenso debate público dentro de Uruguay y, de otro lado, contó con la participación de toda la ciudadanía a través de dos plebiscitos.

Con independencia de mi opinión sobre este asunto, la posición de Gargarella en este caso me parece relevante porque refleja una visión de la conversación colectiva cercana a lo que estoy planteando aquí. Si la profundidad deliberativa importa, y no sólo la amplitud de la participación, es porque hemos abandonado la idea de que la voluntad basta para justificar acuerdos colectivos. Y si no basta, es porque consideramos que estos acuerdos deben ser fruto de un intento razonado y razonable de perseguir y justificar la bondad de las decisiones adoptadas en aras de objetivos políticamente legítimos. A mi modo de ver, el diálogo deliberativo en el que piensa Gargarella acaba estando muy cerca del constitucionalismo “en movimiento” que tendría en mente la concepción de los derechos como fines, y de sus planteamientos sobre la cultura de la justificación y la división tanto institucional como social del trabajo. A lo mejor sólo son dos caminos diferentes para llegar al mismo destino.

En conclusión, en este texto he tratado de expresar mi opinión de que el pensamiento radical y el constitucionalismo igualitario en Latinoamérica deberían también “apropiarse” del lenguaje de los derechos y contar con una concepción revisada que, en vez de entorpecerlo, contribuya a un proyecto constitucional tan ambicioso como moralmente valioso. En esta línea leo la reflexión de García Villegas cuando afirma que “estas constituciones necesitan de la consolidación de una nueva cultura jurídica sobre la protección de los derechos que no sólo transforme la educación legal en las facultades de derecho sino que imponga una nueva dogmática jurídica y unos nuevos parámetros interpretativos, de tal manera que se modifique la visión tradicional que se tiene de los derechos y de su aplicación” (García Villegas 2012: 94).

Asumo que mis comentarios a la brillante obra de Gargarella se colocan en la mirada romántica de los utópicos, por donde transita también su propia idea del diálogo colectivo; pero estoy segura de que ambos compartimos la certeza de que, sin utopías, no hay esperanza.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2004). *El concepto y la validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa (2ª ed.).
- Bayón, J.C. (2010). “Democracia y derechos: problemas de fundamentación”. En M. Carbonell y L. García Jaramillo (Eds.), *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, pp. 285-355.
- Beitz, Ch. (2009). *The Idea of Human Rights*. Nueva York: Oxford University Press.
- Cohen, G. (1997). “Where the Action is: On the Site of Distributive Justice”. *Philosophy & Public Affairs* 26 (1), pp. 3-30.
- Cohen, G. (2001). *Si eres igualitarista, ¿Cómo es que eres tan rico?*. Barcelona: Paidós.

- Cohen-Eliya, M. y Porat, I. (2011). “Proportionality and the Culture of Justification”. *The American Journal of Comparative Law* 59, pp. 463-490.
- Dworkin, R. (1977). *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Londres: Fontana Press.
- Dyzenhaus, D. (2015). “What is a ‘Democratic Culture of Justification?’”. En M. Hunt, H. Cooper y P. Yowell (Eds.), *Parliaments and Human Rights: Redressing the Democratic Deficit*. Oxford: Hart Publishing, pp. 425-446.
- Fiss, O. (1997). “Affirmative Action as a Strategy of Justice”. *Philosophy & Public Policy* 17, pp. 37-38.
- García Villegas, M. (2012). “Constitucionalismo aspiracional: Derecho, democracia y cambio social en América Latina”. *Análisis Político* 75, pp. 89-110.
- Gargarella, R. (2014). *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz.
- Gargarella, R. (2016). “Tribunales internacionales y democracia: enfoques deferentes o de interferencia”. *Revista Latinoamericana de Derecho internacional* 4.
- Hunt, M., Cooper, H. y Yowell, P. (Eds.) (2015). *Parliaments and Human Rights: Redressing the Democratic Deficit*. Oxford: Hart Publishing.
- Iglesias Vila, M. (2015). “¿Deberían los jueces tomarse en serio la igualdad ‘axiológica’ ante la ley como principio de adjudicación”, en J. Sauca (Ed.), *El legado de Dworkin a la filosofía del Derecho. Tomando en serio el imperio del erizo*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 233-254.
- Kapur, R. (2006). “Human Rights in the 21st Century: Take a Walk on the Dark Side”. *The Sydney Law Review* 28 (4), pp. 665-687.
- Kumm, M. (2010). “The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review”. *Law and Ethics of Human Rights* 4 (2), pp. 142-175.

- Raz, J. (1984). "On the Nature of Rights". *Mind* 93 (370), pp. 194-214.
- Raz, J. (2010). "Human Rights in the Emerging World Order". *Transnational Legal Theory* 1, pp. 31-47.
- Sen, A. (1982). "Rights and Agency". *Philosophy & Public Affairs* 11 (1), pp. 3-39.
- Sen, A. (1984). "Well-Being, Agency and Freedom: The Dewey Lectures 1984". *The Journal of Philosophy* 82 (4), pp. 169-221.
- Shue, H. (1980). *Basic Rights. Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy*. Princeton: Princeton University Press.
- Young, I.M. (1990). *Justice and the Politics of Difference*. Princeton: Princeton University Press.

*Fecha de recepción*, 15 de septiembre de 2016

*Fecha de aceptación*, 21 de septiembre de 2016