

RLFPP | Revista
Latinoamericana de
Filosofía
Política

Centro de Investigaciones Filosóficas

ISSN 2250-8619 • Vol. VI • Nº 1 • 2017 • Buenos Aires • Argentina

**LA DEMOCRACIA, LOS DERECHOS Y LA SALA
DE MÁQUINAS DE LA CONSTITUCIÓN:
UNA BREVE RÉPLICA A MARISA IGLESIAS**
Roberto Gargarella

LA DEMOCRACIA, LOS DERECHOS Y LA SALA DE MÁQUINAS DE LA CONSTITUCIÓN: UNA BREVE RÉPLICA A MARISA IGLESIAS

ROBERTO GARGARELLA

Conicet, Argentina

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Universidad Torcuato Di Tella, Argentina

Av. Presidente Figueroa Alcorta 7350 (1428) CABA (Argentina)

roberto.gargarella@gmail.com

RESUMEN

En este breve artículo respondo a algunas de las objeciones que Marisa Iglesias formula a mi concepción de los derechos y al rol que asigno a los jueces en mi libro *Latin American Constitutionalism: The Engine Room of the Constitution*. En particular, clarifico algunas de mis ideas, destaco varios puntos de acuerdo con Marisa y resumo mi manera de comprender el constituci-onalsimo dialógico.

Palabras clave: Democracia, Derechos, Constitucionalismo Dialógico, Activismo Judicial

ABSTRACT

This brief article is a response to some of the objections that Marisa Iglesias has formulated against my conception of individual rights and the role I assign to courts in my book *Latin American Constitutionalism: The Engine Room of the Constitution*. In particular, I clarify some of my main ideas in this respect, highlight

several points of agreement with Marisa and offer a quick blueprint of my views about dialogic constitutionalism.

Keywords: Democracy, Individual Rights, Dialogic Constitutionalism, Judicial Activism

1. Introducción

Antes que nada, quiero agradecerle a Marisa Iglesias su dedicado y generoso comentario a mi texto, publicado en el volumen de la Revista Latinoamericana de Filosofía Política. En reconocimiento a su trabajo, voy a responder a continuación, más no sea brevemente, algunas de las inquietudes que ella plantea en su escrito.

2. El control judicial de constitucionalidad

En primer lugar, quisiera reconocer con Marisa que mi posición en materia de control judicial ha cambiado algo, desde que escribiera el libro *“La justicia frente al gobierno”*. Los cambios no son de fondo, pero sí encuentro variaciones en los modos y en el alcance de lo que decía entonces. De alguna manera, entiendo que se trata de cambios que he ido haciendo de modo paralelo con algunos de los buenos teóricos que trabajaron sobre la misma cuestión y con una perspectiva similar a la mía, en estos últimos años –pienso en autores como Jeremy Waldron o Mark Tushnet. Ellos, como yo, pasaron de una posición fuertemente crítica al control judicial tradicional (Waldron hablaba del control judicial como un “insulto a la democracia”; Tushnet tituló a su libro más importante sobre el tema *Taking the Constitution Away from the Courts*), a suscribir una posición diversa, que es, en todo caso, radicalmente crítica de “la última palabra” en manos de los tribunales.

De allí que Marisa tenga razón cuando, sobre el final de su trabajo, cita mis referencias sobre el caso “Gelman”, y lo vincula con mis escritos en torno al valor del diálogo judicial. En efecto, mi postura actual en la materia procura poner el acento en las formas dialógicas que puede asumir justificadamente la justicia. Los enfoques conversacionales con que los jueces pueden orientar sus fallos, según entiendo, son capaces de ponerlos a salvo de la tradicional crítica contra-mayoritaria. Los jueces pueden jugar un papel importantísimo en la construcción del diálogo democrático. De todos modos –lamentablemente– no creo que ellos estén jugando ese papel que podrían idealmente jugar, ni creo que tengan buenos incentivos institucionales para hacerlo (vuelvo sobre este punto más abajo).

3. El interpretivismo dialógico

Lo dicho se relaciona con lo que sostiene Marisa en la nota al pie n. 2, en la que se refiere al vínculo entre el derecho y la política, y alude a la concepción interpretativa de Ronald Dworkin. Creo que en este tema, como en otros, tenemos más coincidencias que diferencias con Marisa. Yo suscribo –entiendo que con ella– una visión dialógica sobre la interpretación. Considero, en tal sentido, que se justifican las intervenciones judiciales destinadas a ampliar la conversación pública, de modo tal de favorecer la incorporación de puntos de vista, cuestiones o argumentos que no se han considerado o se han desplazado indebidamente de la conversación democrática –lo cual va de la mano con el problema referido a cómo pensar apropiadamente el tema de los derechos fundamentales y su protección.

4. Los derechos en “La sala de máquinas”

En relación con lo anterior, agregaría que Marisa tiene un punto importante, de desafío a lo que yo digo. Ocurre que,

como ella bien me señala, en mi trabajo pongo mucha –tal vez demasiada o excesiva– atención en la reflexión sobre la parte orgánica de la Constitución- sobre la cuestión de “la sala de máquinas”. Lo hago, sin embargo, al costo de dedicar menos atención de la requerida sobre la parte de los derechos. Al menos, es cierto que no discuro tanto como debiera en torno a concepciones alternativas sobre los derechos: debería poner más foco y cuidado en ello.

Reconocido lo anterior, de todos modos, quisiera aclarar que mi posición en materia de derechos de ningún modo implica suscribir una visión de los derechos como “límites”, tal como sugiere Marisa (p. 8 de su intervención). No suscribo dicha postura ni como descripción de lo que ocurre, ni como visión normativa propia.

Pienso, además –aunque no sea un tema del que me ocupe habitualmente– que comparto con Marisa muchas de sus intuiciones en torno a la idea de “ponderación” constitucional. Como ella, yo también tiendo a ver a los derechos como compromisos compartidos relevantes, que representan por lo demás puntos de partida comunes de nuestras conversaciones sobre temas públicamente cruciales (p. 14).

En línea con dicha visión, he presentado en más de un lugar (en los textos sobre justicia dialógica por ejemplo, pero también en parte en mis escritos sobre la “sala de máquinas”) una defensa de ciertas iniciativas institucionales tomadas en países como Costa Rica y Colombia. En ambos contextos se llevaron a cabo reformas procesales (i.e., en materia de “standing” o legitimación activa) que radicalizaron el acceso popular a la justicia (abriendo pequeños puntos de entrada sobre la “sala de máquinas”), y permitieron que ingresaran en la discusión, tanto temas y preocupaciones, como personas y grupos, que no estaban o eran simplemente desplazadas de la conversación común, sin buenas razones.

5. El rol de los jueces en la democracia

Por allí aparece, según entiendo, el único punto importante en donde creo que Marisa malentendió algo que digo en el libro, dentro de una lectura que –se nota– ha sido muy cuidadosa, y que incluye una reconstrucción profunda y atinada de lo que quiero decir en mi escrito. En todo caso, subrayaría que estoy a favor de determinado tipo de activismo social en materia de derechos sociales o indígenas (contra p. 18 de la reseña de Marisa). La diferencia con lo que ella propondría en el área, según entiendo, tiene que ver con lo que señalo en el punto siguiente.

Conforme he ido sugiriendo ya, existe un papel posible y plausible que pueden desempeñar los jueces –un papel que es completamente consistente con (sino directamente necesario para) la discusión democrática. De allí que, cuando las altas cortes toman ciertas decisiones (pongamos, en el caso de los desplazados, en Colombia, o con la contaminación del Riachuelo, en la Argentina), uno puede aplaudir y justificar con entusiasmo el accionar de la justicia. Sin embargo, y conforme insinuara ya, entiendo que, en razón del tipo de diseño institucional que tenemos, no resulta esperable que tal accionar probable, imaginable o deseable de la justicia, se convierta en un actuar permanente y estable. He escrito ya, en tal sentido, que la lógica del sistema de “frenos y contrapesos” es la lógica de “la guerra por otros medios.” Me ha interesado señalar que dicha lógica ha sido importante para el logro de ciertos objetivos muy valiosos –poner fin a una posible guerra civil, o reconducirla institucionalmente– pero al mismo tiempo esa lógica resulta completamente contradictoria con la posibilidad de incentivar y sostener en el tiempo el tipo de diálogo que encuentro justificable. Por eso: si los jueces hacen un “uso apropiado de la oportunidad dialógica”, y promueven soluciones de ese tipo, en conformidad con el tipo de procedimientos que el diálogo democrático exige, ello no puede ser sino elogiado.

Mi temor es, sin embargo, que los incentivos institucionales se encuentran mal colocados, y se orientan (y orientan a los jueces) en la dirección equivocada. Por eso es que uno encuentra aún hoy razones para mirar con desconfianza el desempeño del poder judicial –ello, aunque sepa que ciertas intervenciones están justificadas, y pueda darles la bienvenida, por tanto, si es que aparecen.

De allí también que (en parte en desafío con lo que dice Marisa en p. 17) no vea adecuada a esa lectura como contracara de mi confianza en el potencial inclusivo y deliberativo de la participación. Bregaría, más bien, por la adopción de reformas institucionales que ayuden a regimentar una mayor inclusión y deliberación en el diálogo democrático.

6. Conclusión

Para terminar, entonces, y recreando la última frase del escrito de Marisa: puede haber esperanza sin utopías, pero si hay utopías, mejor todavía!

Fecha de recepción, 1 de octubre de 2017

Fecha de aceptación, 7 de noviembre de 2017