

RLFP

Revista
Latinoamericana de
Filosofía
Política

Centro de Investigaciones Filosóficas

ISSN 2250-8619 • Vol. XI • N° 11 • 2023 • Buenos Aires • Argentina

DERECHOS SOCIALES EN LAS DEMOCRACIAS LATINOAMERICANAS. ¿UNA “CONVERSACIÓN ENTRE DESIGUALES”?

Leticia Morales

SIMPOSIO

El derecho como una conversación entre iguales

de Roberto Gargarella

DERECHOS SOCIALES EN LAS DEMOCRACIAS LATINOAMERICANAS. ¿UNA “CONVERSACIÓN ENTRE DESIGUALES”?¹

LETICIA MORALES

Universidad Austral de Chile

leticia.morales@uach.cl

RESUMEN

Esta contribución a la discusión del libro *El derecho como una conversación entre iguales* de Roberto Gargarella tiene dos objetivos. En primer lugar, se esclarecen las ideas coincidentes que permiten pensar los derechos sociales en nuestras democracias contemporáneas caracterizadas por el pluralismo y los desacuerdos profundos. En segundo lugar, se plantean y discuten tres problemas de la concepción de la democracia que defiende el autor en relación con la protección de los derechos sociales “a cargo” del diálogo ciudadano: la noción básica de igualdad, la falta de protección de las precondiciones del procedimiento y la excesiva confianza en la ciudadanía para el respeto de los derechos sociales.

1. Una versión preliminar de este trabajo fue presentada en el Seminario sobre el libro *El derecho como una conversación entre iguales*, de Roberto Gargarella, realizado el 24 y 25 de junio de 2022, en Villa Allende, Córdoba. Agradezco a Juan Iosa, junto con Fede Arena, Hernán Bouvier, Julio Montero y Carlos Villanueva y al grupo de investigación *Democracia*, por hacer posible este encuentro y haberme invitado a participar, en especial, luego de dos años en los que la pandemia del Covid-19 nos mantuvo alejados de eventos presenciales. También mi agradecimiento es para Roberto Gargarella por su atenta disposición a escuchar distintos enfoques y críticas, y su siempre generosa actitud para discutir y repensar sus ideas. Por último, agradezco al grupo de investigación “Explicación y comprensión” de la Universidad Nacional de Mar del Plata por el espacio para la discusión de este trabajo.

Palabras clave: Democracia, Derechos Sociales, Gargarella, Participación Política, Precondiciones.

ABSTRACT

The present article contributes to the discussion of Roberto Gargarella's book *The Law as a Conversation among Equals* and has two main goals. First, it clarifies the overlapping ideas that allow us to think about social rights in our contemporary democracies characterized by pluralism and deep disagreements. Secondly, it raises and discusses three problems of the author's conception of democracy in relation to the dialogic protection of social rights: the basic notion of equality, the lack of protection of preconditions, and the over-reliance on the citizens's trust for the respect of the social rights.

Keywords: Democracy, Gargarella, Political Participation, Preconditions, Social Rights.

1. Introducción

Cuando me invitaron a participar del Seminario de discusión del libro de Roberto Gargarella, me apresuré a elegir el capítulo 12 "Derechos sociales y 'sala de máquinas'" porque me interesaba profundizar en la posición del autor sobre estos derechos y su relación con la organización del poder político. Pronto descubrí, con el avance de la lectura, que la cuestión de los derechos sociales está presente a lo largo del libro, lo atraviesa desde comienzo a fin como uno de los nodos de mayor preocupación y controversia. Por ello, esta contribución discute sus ideas sobre los derechos sociales y las formas de protección institucional con referencias a distintas partes del libro.

Hace varios años, cuando coincidimos con Gargarella en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, tuve ocasión de leer, aprender y conversar con él sobre los derechos sociales en las democracias constitucionales, tema que por entonces comenzaba a tomar la forma de mi tesis doctoral y del que el autor

se ha ocupado ampliamente. De ahí que su trabajo tuvo cierta influencia en el mío, así como parte de la literatura sobre la democracia procedimental de la que se nutre. Pese a compartir varios puntos teóricos de partida, nos distanciamos en el camino y llegamos al final justificando un modelo de democracia constitucional diferente.

El objetivo de mi contribución es doble. Primero, me propongo señalar los puntos que comparto con Gargarella, aquellas cuestiones que coincido en tanto ideas de base para pensar los derechos sociales en nuestras democracias contemporáneas caracterizadas por el hecho del pluralismo y los desacuerdos sustantivos profundos y persistentes. Y segundo, me ocupo de plantear y discutir tres problemas de la concepción de la democracia como conversación entre iguales que defiende el autor en relación con la protección de los derechos sociales “a cargo” del diálogo ciudadano: la noción básica de igualdad, la falta de protección de las precondiciones del procedimiento y la excesiva confianza en la ciudadanía para el respeto de los derechos.

2. Los acuerdos centrales con Roberto Gargarella

Hay tres consideraciones teóricas sobre las cuales estoy de acuerdo con el libro y que sirven para aclarar los comentarios críticos que haré en la siguiente sección.

Con Gargarella comparto, en primer lugar, la idea que subyace a la discusión sobre la justificación de los derechos sociales. Se trata de un tema extensamente debatido en filosofía política, que es la cuestión de la autoridad política (Morales, 2015: 37). Frente a la pregunta acerca de quién debería adoptar las decisiones colectivas en una sociedad, las respuestas de justificación de la autoridad política suelen superponer el establecimiento de *cómo* deberían ser alcanzadas las decisiones políticas colectivas, con la atención sobre *qué* debe decidirse. Así, la *cuestión de la legitimidad política* del procedimiento a través del cual las decisiones que toma la autoridad deben

ser consideradas legítimas se mezcla con el contenido de esas decisiones, a las que se califica como legítimas solo si se las considera justas. De esta manera, se ha justificado la autoridad para adoptar decisiones colectivas poniendo el acento en *qué* es lo que se debe decidir, es decir, los resultados que aquella debería adoptar. De acuerdo con esta segunda posición, el énfasis está en lo que exige la *justicia social*. Se responde que las decisiones colectivas para ser políticamente legítimas deben tener como contenido aquello que se corresponda con los principios de distribución de recursos que sirven de guía para la asignación de cargas y beneficios de la actividad económica de un Estado, según la teoría de la justicia que se sostenga.

Me refiero entonces a la importancia de distinguir las cuestiones de la legitimidad del procedimiento, por un lado, de las cuestiones de la justicia de los resultados del procedimiento, por el otro. En palabras de Gargarella, “*no debemos superponer los problemas de la democracia con los problemas del constitucionalismo*” (2021: 17, destacado en el original). El autor nos advierte que su preocupación está en el establecimiento de democracias dialógicas (abiertas al diálogo ciudadano) y se distancia de mecanismos constitucionales de atrincheramiento de los derechos que signifiquen “sacarlos” de la deliberación política para “dejárselos” a la protección de una instancia de control constitucional.

Por supuesto, estas cuestiones están conectadas y se informan mutuamente. Pero también están potencialmente en tensión. Cuando esto ocurre, es decir, cuando tenemos un conflicto entre la forma de adoptar decisiones colectivas y el contenido de esas decisiones, Gargarella se posiciona por darle primacía a un tipo de procedimiento de adopción de las decisiones, el de una democracia deliberativa con regla de mayoría, por sobre los mecanismos institucionales de resguardo de los resultados.

En línea con el punto anterior, también comparto con Gargarella que la legitimidad del procedimiento importa y mucho (la “preocupación procedimental” de Ely, 1980). Es decir, no solo serían cuestiones que deben distinguirse, sino que la legitimidad del procedimiento tendría primacía sobre sus resulta-

dos. Si bien no se trata de una posición novedosa (Locke, 1988 [1960] ya alertaba sobre la relevancia de la justificación de la autoridad política mediante un énfasis en *cómo* debían ser alcanzadas las decisiones políticas colectivas), también hoy se defienden, por el otro lado, concepciones atractivas de la democracia que ponen mayor acento en el *qué* del procedimiento, es decir, en el contenido de las decisiones adoptadas. La adhesión intuitiva a esta idea es obvia. ¿Cómo justificar el procedimiento de toma de decisiones por mayoría si nos lleva a resultados absurdos o injustos? La reticencia acerca de la toma de decisiones a través de la regla de la mayoría por la posibilidad de llevar a resultados injustos fue abordada por Ronald Dworkin (2011), para quien este mecanismo no confiere ninguna legitimidad sobre la opción que la mayoría elige. Jeremy Waldron, a su turno, discutió el ejemplo del barco salvavidas que utiliza Dworkin, afirmando que no sirve para extraer conclusiones generales sobre la toma de decisiones políticas por mayoría en las democracias contemporáneas (Waldron, 2010). Retomaré este punto en la siguiente sección.

Entonces, si reconocemos el hecho de los desacuerdos morales persistentes y profundos (lo que Waldron llama “las circunstancias de la política”²), para autores de la democracia procedimental como Gargarella, el arreglo institucional más respetuoso con la igual dignidad de las personas en las circunstancias de la política sería alguna forma de democracia procedimental que incorpore la regla de la mayoría para la toma de decisiones. Ello significa adoptar una posición particular sobre cómo queremos que se diseñen las democracias contemporáneas, que implica poner mayor acento en el “cómo” se adoptan las decisiones, y no tanto en el “qué” de las decisiones adop-

2. Las “circunstancias de la política” se refieren a la necesidad de tomar decisiones políticas colectivas en un marco de persistentes desacuerdos sustantivos sobre el contenido de aquellas en nuestras sociedades liberales (Waldron, 2005: 123-124).

tadas, o sea, en el contenido de esas decisiones. Además, las concepciones de la democracia procedimental se oponen a las posiciones teóricas que justifican el diseño de alguna forma de democracia sustantiva, como la de Dworkin. En estas últimas el énfasis está puesto en la obtención de resultados intrínsecamente valiosos, siendo el procedimiento instrumental a la obtención de esos resultados “correctos” (Dworkin, 1996). En suma, para quienes defendemos alguna forma de democracia procedimental, interesa el procedimiento de toma de decisiones *en sí mismo*, de manera intrínseca, porque sería el único procedimiento que permitiría al menos en el plano teórico reconocer la igual dignidad moral de todas las personas, asignándoles una voz igual en la toma de decisiones colectivas.

En tercer y último lugar, también creo que tenemos acuerdo con Gargarella acerca de la incorrección moral de la profunda desigualdad social, en especial, la que es característica de nuestras democracias latinoamericanas. De ahí se seguiría la necesidad de proteger de alguna manera los intereses y necesidades básicas de los grupos más vulnerables de nuestras sociedades fuertemente desiguales. Por mi parte, agregaría que se sigue la necesidad del establecimiento y protección constitucional de los derechos fundamentales, entre los que se encuentran los derechos sociales y económicos. Creo que aquí el autor sostendría que esto ya forma parte de los problemas del constitucionalismo, es decir, del sistema externo de controles. Para Gargarella, como también para Waldron, es posible afirmar que tenemos un compromiso con los derechos de todas las personas, incluso o especialmente con las minorías social y económicamente en peor situación, sin que ello nos comprometa a adoptar un diseño institucional específico. Aun cuando estos autores acepten la inclusión de los derechos en una constitución, ello no requeriría ni justificaría un mecanismo de protección de esos derechos como el control judicial.

Hasta aquí he transparentado los acuerdos teóricos que tengo con Gargarella: la importancia de la distinción entre proceso-producto como eje para discutir la cuestión de la legi-

timidad política; la relevancia de las teorías procedimentales de la democracia, que precisamente ponen el énfasis en el procedimiento de toma de decisiones; y la preocupación por la desigualdad y los grupos más desaventajados en nuestras sociedades latinoamericanas. En la siguiente sección, señalaré nuestras diferencias y plantearé lo que considero que son problemas en la propuesta de Gargarella sobre su concepción de la democracia como una conversación entre iguales.

3. Desacuerdos e incredulidades

3.1. La noción básica de igualdad

La caracterización del ideal regulativo de igualdad que nos presenta Gargarella al comienzo del libro está elaborada de manera sucinta y más bien, me atrevería a decir, empobrecida (Gargarella, 2021: 35). Ello llama la atención por tratarse de una pieza fundamental en su concepción de la democracia como una conversación entre iguales. Gargarella nos dice que la idea de igualdad es el punto de partida básico, y que significa “que todos comparten igual dignidad moral y, en ese sentido todos valen lo mismo” (*ídem*). Esta idea básica, continúa, sería captada por el principio de “una persona un voto”, de manera que nadie podría, de manera justificada, pretender la imposición de su voluntad sobre los demás.

Se trata de una noción de igualdad vinculada a la idea de una participación formal de todas las personas en la toma de decisiones. Pero esto es problemático por diversas razones. Entre ellas, porque aunque se parta de una igual dignidad moral, ello es compatible con una noción de igualdad que se traduzca en exigencias sustantivas, y no solo formales, muy diversas. Cuando Gargarella reduce esa noción básica a la idea de “una persona un voto”, pareciera que bastaría con un reconocimiento formal de la igual participación política. Pero ello no es lo que quiere sostener el autor. La igualdad formal,

aunque condición necesaria, no puede ser condición suficiente para asegurar una “conversación” entre iguales. La idea de conversación que subyace en el libro supone una noción mucho más robusta que la mera participación en elecciones periódicas, e incluso en iniciativas populares de ley, o en referéndum sobre materias de vital importancia colectiva. La imagen de “una persona un voto” reduce la participación política de las personas a una igualdad formal, que se ejerce y satisface en una sociedad democrática con las elecciones políticas periódicas. Sin embargo, Gargarella defiende en el libro una noción más enérgica de participación política que permitiría un genuino intercambio de posiciones en el foro público, para lo cual es necesario que las personas tengan garantizados ciertos mínimos de igualdad material como el acceso a la educación, tiempo suficiente para informarse, medios independientes, espacios de debate, acceso a medios de comunicación, etc., y también necesidades básicas materiales satisfechas, como servicio de atención médica, vivienda básica, alimentación y agua potable, etc.

Si nos quedamos con una noción de “igualdad formal” o “igualdad básica” el modelo o ideal de democracia procedimental no tendría atractivo alguno dentro de la concepción defendida por el autor. La regla de la mayoría para tomar decisiones, por sí misma, es difícilmente justificable si no aseguramos ciertas precondiciones procedimentales y materiales. No alcanza con garantizar la precondición procedimental de la participación política. La participación política es necesaria, junto con elecciones periódicas, pluralismo político y libertad de expresión (Barry, 1989: 25), pero no suficiente. Hace falta garantizar precondiciones materiales mínimas como parte de la legitimidad del procedimiento de toma de decisiones (Morales, 2015: 283).

Entiendo que Gargarella estaría también de acuerdo con esta observación. Si las cuarenta personas en el barco del ejemplo hipotético con que el autor comienza el libro, se encontraran en un momento en altamar con la necesidad de abandonarlo en un bote salvavidas con capacidad para treinta y nueve personas, no bastaría para tomar la decisión con que luego de que

se le diera la palabra a cada una sobre cuál decisión favorecen y por qué, se adoptara aquella que tuviera más votos (Dworkin, 2011). Porque si por aplicación de la regla de la mayoría termina adoptándose la decisión de tirar a la persona más anciana o a la más débil al mar, una decisión así, adoptada según el procedimiento de la regla de la mayoría, no tendría ninguna justificación moral, ni siquiera habiendo garantizado que cada una de las personas interesadas tuvieran la posibilidad de hacer oír su voz. Es cierto que, como señala Waldron (2010), las decisiones políticas colectivas en nuestras sociedades no se adoptan en escenarios trágicos como los del bote salvavidas. Sin embargo, este ejemplo serviría para dar cuenta que en la toma de decisiones colectivas la regla de la mayoría por sí sola no alcanza para garantizar la legitimidad del proceso. La participación política no solo formal, sino real, efectiva, en el proceso de toma de decisiones sería una condición también del procedimiento. Diría que Gargarella no discreparía al respecto. Porque si bien parte de una igual agencia moral y una noción básica de igualdad que se satisfaría en “una persona un voto” y en la regla de la mayoría, luego se ocupa de las precondiciones económicas para el autogobierno político como parte del igualitarismo político (Gargarella, 2021: 89 y ss). Para ilustrar este punto, el autor recuerda un relato que tiene como protagonista a Murillo Toro, político colombiano, que propuso una serie de reformas políticas y económicas destinadas a incorporar el voto universal junto con democratizar la propiedad (Gargarella, 2021: 91-92). Gargarella concluye que la lección que se puede extraer de ese breve relato histórico es clara: que *“solo una base económica igualitaria iba a tornar posible la realización de una vida política entre iguales”* (Gargarella, 2021: 93, destacado en el original). Lo que no queda claro en el libro es cómo resolver lo que pareciera ser un *dilema* para concepciones como la que sostiene Gargarella. Si partimos de una noción básica de igualdad vinculada a la participación formal de la toma de decisiones colectivas que incluye la igualdad política (“una persona un voto”) y la regla de la mayoría, cómo

hacemos para que todas las personas tengan la subsistencia, educación, vivienda y cuidado médico garantizados, de forma que no dependan para ello de unos pocos, quienes terminarán imponiendo sus intereses en las urnas electorales. Parece que necesitamos como punto de partida alguna noción más robusta de igualdad material. Si esto es así, entonces, el “principio incontrovertible” de “una persona un voto” perdería su fuerza intuitiva inicial. La concepción de la democracia procedimental que defiende Gargarella ya no se apoyaría en un terreno exento de controversias, sino que el argumento apelaría a restricciones morales sustantivas sobre el proceso democrático de toma de decisiones que, inevitablemente, dependerían de la concepción de la justicia y del enfoque sustancialista de derechos que se defiendan (Morales, 2018). Por lo tanto, necesitamos partir de una noción de igualdad que sea procedimental pero no meramente nominal, que incluya ciertas precondiciones, no para la justicia del procedimiento, sino para su legitimidad.

Entonces, entre la dimensión formal estricta de la igualdad (meramente nominal) y alguna variante de la dimensión sustantiva de la igualdad que se vincula con la justicia de las decisiones, habría espacio para un *estándar de no exclusión* de la participación en un procedimiento de toma de decisiones colectivas (Morales, 2015: 279). En tanto que un enfoque procedimental de la democracia requiere un vínculo formal entre las preferencias de las personas y las decisiones adoptadas, la legitimidad de tal procedimiento democrático exigiría que nadie sea excluido de la participación política, con el fin de que las decisiones puedan considerarse legítimamente impuestas.

3.2. La falta de protección de las precondiciones del procedimiento

Al comienzo mencioné que Gargarella distingue el constitucionalismo y sus problemas de la democracia y sus problemas. Luego afirma que:

El tipo de crisis que confrontamos tiene más que ver con un *déficit democrático* (el modo en que nuestras instituciones resisten y bloquean el poder de decisión y control ciudadanos) que con problemas propios del sistema interno de controles (los *checks and balances* de cada rama de gobierno sobre las otras) (Gargarella, 2021: 17, destacado en el original).

Lo que le interesa a Gargarella es “concentrar la atención en aspectos más estructurales, vinculados con el tipo de instituciones que tenemos” en nuestras democracias constitucionales (*ídem*), para luego pensarlas de un modo diferente, un modo que articule el diálogo en el marco de una “comunidad de iguales”. Antes afirmé también que para que este tipo de democracia procedimental sea un mecanismo legítimo de toma de decisiones debíamos considerar que ciertas precondiciones formen parte de la noción de igualdad sobre la que se sustenta. Ello me lleva a examinar brevemente los tipos de precondiciones necesarias.

Waldron, para quien la participación política es “el derecho de los derechos” (Waldron, 2005: 277, 303), sostiene la existencia de una “relación entre derechos” que corresponden a dos clases distintivas (Waldron, 2005: 337-340): los derechos que son constitutivos del procedimiento democrático de hecho y los derechos que representan condiciones necesarias para su legitimidad, si bien no son constitutivos del procedimiento democrático. Estos dos conjuntos de derechos servirían para establecer “la relación entre la democracia y las condiciones de su legitimidad” (Waldron, 2005: 337-340). Los que representan las condiciones necesarias para la legitimidad democrática serían precondiciones del ejercicio legítimo de los derechos que constituyen el propio procedimiento político. Así, derechos como los de libertad de expresión y asociación estarían presupuestos por el derecho de participación política y, con ello, por la democracia. Según Waldron, una decisión política sólo sería legítima, y podría legítimamente ser impuesta sobre las personas bajo ciertas condiciones dadas por el respeto a los derechos de quie-

nes se les imponen. Estos serían condicionamientos a aquello que los participantes podrían decidir en el procedimiento de toma de decisiones por mayoría en la concepción procedimental de la democracia waldroniana (Waldron, 2005: 365-371).

Podría objetarse que por esta vía es posible pensar en situaciones en las que cada vez sea necesario garantizar más y más condiciones para hacer efectivo el derecho de participación política, al punto de que no quede nada para decidir luego mediante el propio ejercicio de la participación. Carlos Nino se refirió a esta objeción como la *paradoja de las precondiciones de la democracia* con relación a la concepción de la democracia deliberativa y que sería aplicable a cualquier concepción que defienda que en el procedimiento democrático importa la autonomía de quien toma las decisiones (Nino, 1997). Según Nino, la paradoja surgiría porque cuantas más precondiciones se consideren necesarias para establecer el valor intrínseco del procedimiento, quedarían menos cuestiones que puedan ser decididas políticamente por el órgano legislativo (Nino, 1997: 192). Pero este no tiene que ser el caso necesariamente para todo enfoque procedimental de la democracia (Morales, 2015: 292-294).

Es cierto que un estándar de no exclusión para hacer efectiva la participación igual de todas las personas en el foro político requiere la garantía de ciertas precondiciones procedimentales y también materiales, es decir, la satisfacción de mínimos socio-económicos. Sin embargo, podemos distinguir una noción de participación política procedimental de una noción de “igualdad política sustantiva” que remite a exigencias de justicia, cuyo contenido es dependiente de una teoría de la justicia singular. Incluir esta segunda noción como precondición del procedimiento sería problemático porque es parte de los desacuerdos sustantivos para cuya resolución necesitamos el procedimiento. En consecuencia, las consideraciones de la igualdad por razones de justicia deberían distinguirse de las propias exigencias de igualdad de participación política efectiva en el procedimiento democrático por razones de su legitimidad (Morales,

2015: 279-280). La legitimidad de un procedimiento democrático (necesaria para dotar de autoridad al órgano legislativo para tomar decisiones) se derivaría en parte de la premisa básica de que todas las personas deben tener la posibilidad de ejercer una participación política significativa –participar en la conversación entre iguales– en el procedimiento de toma de decisiones. Por supuesto, podemos señalar un caso o dos de personas que, pese a no tener un techo permanente o el cuidado de la salud garantizado, se involucran de manera significativa en los asuntos públicos. Pero esta no parece ser una vía atractiva para afirmar el ideal de la democracia como una conversación donde intervienen *todas las personas como iguales*.

Esta consideración discutida ampliamente en varios foros sobre el tema requiere de mecanismos orientados a asegurar los derechos sociales de todas las personas, al menos, en un grado mínimo, algún tipo de garantía de un piso de contenido sustantivo al que cada persona tenga un acceso efectivo sin que sus carencias socio-económicas sean la razón para quedar excluidas del diálogo o de la conversación del cuerpo político.

Gargarella cuestiona al liberalismo por adoptar un “cierto modelo moral” antes que la neutralidad estatal:

Cuando, en su lista de derechos, privilegia los de propiedad, comercio libre y contratos antes que la extensión de los derechos políticos, o la adopción de salvaguardas sociales que ayuden a colocar a todos los ciudadanos en condiciones de “jugar el partido democrático” (Gargarella, 2021: 88-89).

A continuación, el autor se refiere brevemente a las precondiciones económicas del autogobierno político. Allí toma la idea de que las conductas personales tienen que considerarse como resultado del sistema institucional, y subraya la “existencia de un vínculo particular” en la materia [...], que es el del impacto de las condiciones materiales –más específicamente, del sistema económico– sobre la política y sobre el carácter de las personas” (Gargarella, 2021: 89). Gargarella dice varias

cosas en esas páginas, pero no las argumenta suficientemente. Quiero referirme a dos de ellas.

En primer lugar, dada la importancia que tendría la adopción de salvaguardas sociales y económicas que permitan a todas las personas estar en condiciones de “jugar el partido democrático”, esta preocupación aparece poco desarrollada en el libro. No queda claro cómo se protegerían por medio del diálogo las condiciones sociales y económicas de manera que la mayoría no las convierta en una moneda de presión o cambio. Pareciera que esta protección se fundamenta en la confianza en la ciudadanía. Volveré sobre este punto en la próxima sección.

Gargarella reserva el mecanismo del diálogo para los temas de mayor relevancia. Pero no nos dice quién decide qué temas son de mayor importancia para la sociedad. En la hipótesis inicial del grupo de inmigrantes que navega hacia la tierra prometida, el autor introduce algunos ejemplos de lo que nos dice serían conflictos menores y simples para mostrarnos el funcionamiento dialógico del grupo en la toma de decisiones. Así, frente a la interpretación de qué es “trabajo” a raíz de la pregunta de Nicolás acerca de si puede trabajar también el domingo, cuando la regla que habían adoptado era que “el domingo será el día de descanso”, varios responden rápidamente que sí, identificados con el rol de autoridad. En el segundo ejemplo en el que se decide que Francesco se ocupe de la cocina en lugar de trabajar a la intemperie, parece también un problema menor lo cual explicaría que no haya deliberación en absoluto. El problema es que, qué se entiende por “trabajo” es una cuestión más compleja que la que parecería a primera vista. De hecho, tenemos desacuerdos profundos sobre el alcance del término.³ En nuestras sociedades complejas, los

3. En la nota 10 Gargarella (2021: 32) se refiere a la posibilidad de que surjan desacuerdos profundos que enfrenten a las personas, cuya solución estaría en manos de las instituciones igualitarias que fueran diseñadas desde el inicio.

problemas y las soluciones son también mucho más complejas de las que nos introduce el autor. Las tareas de cuidado (de la casa, de la familia, de las personas mayores), son entendidas socialmente como actividades que hacen las mujeres por amor y devoción (hoy lo llamamos “trabajo no remunerado”). Las teorías feministas han demostrado la contribución económica que realizan las mujeres mediante el “cuidado del hogar” al PBI de un país. La reivindicación es porque se reconozca económicamente ese trabajo históricamente asignado a las mujeres. ¿Deberíamos someter esta decisión al “diálogo”? Parece difícil de aceptar que las mujeres participarían en la conversación “como iguales”, cuando su igual estatus como ciudadanas en los diversos ámbitos no es reconocido. Ahora bien, supongamos que aceptamos conversar también este tema entre todas las personas. Si luego de intercambiar razones y puntos de vista opuestos, la mayoría decide no incorporar un sistema de remuneración y protección social de las personas cuidadoras, como ocurre en la actualidad, seguimos con un problema grave de un estatus desigual de las mujeres en todos los ámbitos, incluso en el de sentarse a la mesa del diálogo. ¿Tendrían las mujeres que aceptar el resultado del procedimiento porque tuvieron la posibilidad de dar su argumento? Se podría responder que se trata de un tema de justicia social, pero en desigualdades estructurales como la referida, las precondiciones materiales con las que se sientan a dialogar son de naturaleza procedimental. La autonomía económica de las mujeres y el reconocimiento de la igualdad de posiciones, debiera ser parte también de las precondiciones procedimentales. ¿Qué haría legítimo tal procedimiento en caso contrario? La respuesta no podría ser que es legítimo porque todas las personas participaron en la conversación y todas tuvieron un voto, porque esa noción tan básica de igualdad nuevamente es insatisfactoria.

Creo que el problema más fundamental en la democracia dialógica se sitúa dentro del marco de normas situadas en un tiempo y lugar determinados, como no podría ser de otra manera. Pero una consecuencia de ello es que las personas han

internalizado la aceptación de lo que existe “como norma” (i.e., las preferencias adaptativas), lo cual presiona la “normalización” de ciertos roles o tareas en el diálogo. Es lo que ocurre con muchas mujeres que están a favor del sistema jerárquico que les asigna el rol de cuidadoras del hogar, o están en contra del aborto, o piensan que los hombres deben decidir las cuestiones financieras, tanto en la casa como en el país, etc. Si el constitucionalismo dialógico no tiene un mecanismo para modificarlas, reproducirá las injusticias en la mesa de conversación. Por supuesto, lo mismo puede decirse y se dice, del sistema institucional dominante en la actualidad (caracterizado por los frenos y contrapesos), por lo que se trataría de un problema *tu quoque*. Pero en tanto que Gargarella nos presenta el enfoque “dialógico” como un mejor mecanismo para resolver nuestros desacuerdos mediante la conversación entre iguales, cabría esperar que se ocupara de indicar el camino para resolver este tipo de cuestiones estructurales. El caso de la discusión en 2018 sobre el aborto en la Argentina que Gargarella discute en el capítulo 17 del libro es un ejemplo de lo anterior, y que mostraría menos sobre la relevancia del diálogo en este tipo de discusiones que el autor nos dice (Puga, 2023). La Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo se aprobó finalmente en Argentina en 2020. Ahora bien, una vez que se ha debatido extensa e intensamente de manera notable, y que como sociedad hemos acordado la necesidad de proteger un derecho que consideramos parte del derecho de libertad de las mujeres, lo cual puede entenderse como requisito para la participación en el procedimiento deliberativo entre iguales (una precondition material), ¿cómo lo protegemos para que un cambio político en el gobierno no convierta nuevamente en ilegal el aborto? Dicho en otros términos, ¿por qué esa y otras precondiciones materiales necesarias para que se de una conversación entre iguales deberían estar disponibles a las mayorías políticas cambiantes? Vinculado con ello, el conjunto de normas internacionales, ¿qué espacio ocuparía dentro de la conversación entre iguales? ¿Sirven de algún límite al diálogo o también debe ser posible

su deliberación? Por ejemplo, las obligaciones de no regresión y de progresividad, que están en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, con la expresa obligación de no reducir el alcance de derechos garantizados, ¿establecerían algún límite a la conversación en cuanto a la protección de derechos sociales mínimos? Y en caso de vulneración por parte de un Estado, ¿qué lugar debería tener la Corte IDH? Gargarella se refiere brevemente a la Corte para criticar su intervención como agresiva y contra democrática en un par de casos (2021: 206-210). No obstante lo problemático de aquellos, diría que en muchas otras intervenciones, la Corte IDH ocupó un rol importante en la protección de derechos frente a la violencia estatal y al desinterés ciudadano de los países involucrados.

Un segundo punto que llama la atención en esta parte del capítulo 5 sobre motivaciones e instituciones es la referencia a la economía y el carácter de las personas (Gargarella, 2021: 90). Gargarella nos dice que “durante el momento fundacional del constitucionalismo” la forma de razonar de los republicanos se caracterizaba “por el modo en que, *pensando en los rasgos de carácter que querían ver cultivados, decidían luego el programa económico que mejor podría favorecer el desarrollo de tales rasgos*” (Gargarella, 2021: 90, destacado en el original). Así, “partían de la necesidad de contar con ciudadanos virtuosos, comprometidos con los asuntos públicos y los destinos de su comunidad [...]” (*ídem*). La idea de *virtud republicana* está subyacente en la concepción de la democracia de Gargarella. Sin embargo, pese a que parece jugar un papel fundamental, el autor no se extiende en el desarrollo de las características de la virtud cívica, aunque sostiene que no sería necesaria aunque sí deseable (2021: 34). Cabría preguntarse por qué sería deseable un perfeccionismo republicano semejante en las sociedades plurales contemporáneas. ¿Qué virtudes serían parte del ideal republicano? ¿Qué pasa con quienes no las desarrollen? Etc. Volviendo al ejemplo del inicio en el que Francesco pregunta si cuenta como trabajo realizar tareas en la cocina dado que por el frío invernal que le afecta la salud no podría trabajar

la tierra, Gargarella describe el momento de la decisión del resto diciendo que “conocemos desde hace tiempo a Franceso y su buena fe [...]” (2021: 31, destacado propio). Y en el ejemplo siguiente, nuevamente a la solicitud de María de descansar los sábados por razones religiosas, nos cuenta que como hay acuerdo y “*apreciamos mucho a María, la conocemos bien, sabemos que es muy religiosa*”, es fácil tomar la decisión de adaptar la regla y permitir el descanso otro día (2021: 32, destacado propio). Pero, ¿por qué importa saber que esa persona es muy religiosa, que se la conoce bien y se la aprecia mucho? Y si quien pide el cambio de regla es una persona que no se la conoce, o es antipática y poco apreciada, ¿sería relevante? No queda claro porqué sería significativo *como nos evalúa la autoridad y cómo nos comportamos en sociedad* para considerar nuestras peticiones. Si entendemos que con el ejemplo lo que quiere mostrar Gargarella es que en el grupo se respetan los intereses justificados, lo que llamamos derechos fundamentales en las sociedades complejas, causa perplejidad que el respeto de esos intereses venga asociado a caracterizaciones virtuosas de las personas.

3.3. *La excesiva confianza en la ciudadanía para el respeto de los derechos*

Si bien Gargarella tiene presente la importancia de las precondiciones materiales, no considera que estas requieran algún tipo de mecanismo que las aísle del debate político ordinario y los cambios de opinión (2021: 195 y ss.). Gargarella, haciéndose eco de la posición waldroniana, caracteriza al control judicial de los derechos como *una forma de insulto* hacia las y los ciudadanos o sus representantes (2021: 195). Escéptico del papel de los jueces en la interpretación judicial y el control de constitucionalidad, tampoco confía en que puedan servir para “*proteger y recobrar las voces de los grupos marginados*” (Gargarella, 2021: 236, destacado en el original). Para el autor, los jueces

no tienen “los incentivos para comprometerse en un ejercicio dialógico”, encontrando “más límites que oportunidades para actuar según una modalidad conversacional” (*idem*).

¿Quién debería estar a cargo de proteger los derechos cuando hay un conflicto o desacuerdo en materia de interpretación constitucional entonces? Según Gargarella, “quien debe decidir finalmente es la comunidad de iguales” (2021: 230).

En línea con Waldron (2005), Gargarella sostiene que el compromiso con los derechos no implica la justificación de ningún mecanismo para su resguardo que no tenga título democrático, porque respetar los desacuerdos razonables y persistentes que las personas tienen sobre cuáles son sus derechos exigiría que se deje a ellas tal decisión mediante un procedimiento dialógico (Gargarella, 2021: 232). Para el autor, las instituciones políticas tienen que fundarse en la confianza en la conversación entre iguales. El ideal regulativo de la conversación entre iguales que sostiene Gargarella se sustenta en la “*confianza democrática, que exige que tomemos en serio resultados de la deliberación inclusiva, muy en particular cuando se organizan debidamente los procedimientos para asegurarla*” (Gargarella, 2021: 331, destacado en el original). Ello significa que, bajo este modelo, son las y los ciudadanos quienes deben cuidar de los derechos mediante diversos procedimientos institucionales que serían eficientes para plasmar ese ideal dialógico. Algunos ejemplos que da el autor son las audiencias públicas, las asambleas deliberativas de Islandia e Irlanda, y el foro ciudadano holandés..

Así, Gargarella nos propone partir de la idea de confianza, en lugar de la de “desconfianza democrática” (Gargarella, 2021: 25), que se refiere al recelo “acerca de las capacidades de su ciudadanía para su gobierno, para auto-contenerse y no oprimir a las minorías; desconfianza acerca de su racionalidad y su aptitud para no dejarse arrastrar por meras pulsaciones” (*idem*). También para Thomas Christiano, la razón por la que aceptamos restricciones al procedimiento político, aun asumiendo un compromiso inicial con la importancia de los derechos democráticos, consiste en una falta de confianza absoluta en que la

mayoría siempre tomará decisiones que respetarán estos derechos respecto de todos (Christiano, 2008: 283). En efecto, varios procedimentalistas justifican mecanismos institucionales que condicionan lo que las asambleas legislativas podrían legítimamente decidir, que serían internos al procedimiento. Pareciera que no basta la confianza en las asambleas para el adecuado resguardo de los derechos, y además que estarían dispuestos a justificar ciertos órganos internos de revisión que no serían más representativos y políticamente responsables que los órganos judiciales de control. Gargarella admite que en nuestras sociedades complejas en las que se hace difícil conversar con todos sobre los problemas podría nominarse a un grupo de personas para que, formados en una comisión representativa de todos, estén encargadas de resolverlos (Gargarella, 2021: 232). Si bien observa que sería un abuso que esa comisión intentara imponer su propia voluntad en casos especialmente divisivos sin consultar a la comunidad (¿qué habría que hacer en esos casos?), no está claro cómo se ejercería el control por parte de la ciudadanía. Considero que la propuesta basada en el ejemplo de la comunidad de iguales que se va complejizando es insatisfactoria para el contexto latinoamericano y, contra Gargarella, no parece útil para pensar soluciones al problema de la interpretación constitucional.

Vuelvo sobre este punto porque, si bien entiendo que Gargarella está mirando a nuevas formas institucionales, también ha quedado claro que le preocupa nuevas formas de diseño institucional para Latinoamérica. En esa tarea ha remarcado la importancia de los contextos, de pensar soluciones para el aquí y ahora (para “nuestra época y lugar”). Entonces, cuando sostiene que “*no es necesario socavar el componente mayoritario de la Constitución para otorgar protección a los grupos más vulnerables*” (Gargarella, 2021: 70, destacado en el original), cabe preguntarse cómo serían protegidos los derechos de esos grupos en el modelo de democracia dialógica propuesta. En otras palabras, cómo concibe Gargarella la adaptación del ideal regulativo de la conversación entre iguales a nuestras

sociedades fuertemente desiguales. En tanto importa el diseño institucional para nuestros tiempos y lugares, el contexto latinoamericano dista mucho del canadiense, islandés o irlandés. Pareciera que Gargarella, por un lado, busca situar las constituciones en el contexto particular de una época y lugar, pero por el otro lado, adopta un ideal regulativo de “conversación” que pretende ser el mismo para todos los contextos. Podríamos pensar que la conversación en países de Latinoamérica, dada las preocupaciones que tenemos, como somos, nuestro pasado dictatorial, etc., difícilmente se aparte de sus propias características de desconfianza democrática, las que distan ampliamente del ideal. A la vez, el autor afirma que como comunidad tenemos un compromiso con los derechos de todas las personas, ¿por qué esa respuesta tendría anclaje en sociedades como las de nuestra región? Este ideal se distancia en demasía de nuestra realidad, tanto en términos de respeto por los derechos de las minorías desaventajadas, como por los sistemas jurídicos tradicionales que garantizan derechos, que la proyección de pensar esas nuevas instituciones dialógicas para nuestros contextos se tensa con la incredulidad. Si bien, según Gargarella, existe un caso en la región de conversación “entre iguales” en Argentina sobre el aborto, el ejemplo no parece mostrar de manera clara lo que el autor se propone. A ninguna mujer le es difícil imaginar que pueda ser revertida la Ley IVE en un momento posterior, como tampoco parece que la supuesta fuerza de la conversación entre iguales que habría precedido a la promulgación de la Ley sirva al momento de su implementación por quienes se oponen al aborto. En suma, encuentro que hay una cierta contradicción entre afirmar que los arreglos institucionales son parte de nuestro tiempo y lugar, y a la vez, emplear ejemplos de prácticas dialógicas provenientes de Australia, Canadá, Islandia o Irlanda. ¿Por qué lo que hagan países con contextos tan distintos a los nuestros debería ser parte de nuestro aprendizaje? A lo que se suma la variación de organización política entre estos países, lo que me hace cuestionar si no hay un sesgo en la selección que busca apuntalar el argumento.

El ideal del diseño de una democracia deliberativa podría funcionar bajo ciertas condiciones, pero esas condiciones —especialmente las materiales— estarían garantizadas, en el ideal regulativo, por el compromiso de las personas de proteger los derechos de las minorías, acordando políticas redistribuidas para satisfacer las necesidades básicas de todos. Pero nos importan las sociedades reales en contextos particulares. Las sociedades latinoamericanas podrían ser caracterizadas como “patológicas”, donde la desconfianza democrática de la propia ciudadanía es profunda, hay una alta evasión y elusión impositiva, y las políticas de protección social son cargadamente condicionales. La idea de que sea la comunidad la que controle que no se vulneren los derechos de quienes menos tienen parece *ciencia ficción*. Pensemos en la objeción de no sobreidealizar las asambleas inclusivas y deliberativas de Tom Ginsburg (Gargarella, 2021: 328-329) y el rasgo de polarización en las sociedades contemporáneas. Este rasgo no está tan claro en los ejemplos que utiliza Gargarella, pero puede considerarse como una característica que se ha ido profundizado en años recientes, y que, en lugar de disminuir, genera mayor desconfianza dentro de nuestras comunidades.

En definitiva, veo con sospecha que el modelo de conversación entre iguales que defiende Gargarella, cuando lo pensamos para el contexto latinoamericano actual, pueda sostener al mismo tiempo las tres promesas de la democracia dialógica: el respeto de los derechos fundamentales; la preocupación por el hecho de los desacuerdos sustantivos; y una confianza absoluta en la protección política de los derechos de todos.

4. Conclusión

El derecho como una conversación entre iguales nos desafía a revisar asunciones que están arraigadas en nuestras sociedades latinoamericanas. Gargarella nos dice que la desconfianza hacia nuestras y nuestros conciudadanos se explica por el modelo de

sistema político adoptado en la región, fuertemente presidencialista y favorecedor de las elites intelectuales y económicas, desconfiado y temeroso de las masas, desvinculado de estas. En su lugar, nos propone imaginarnos una organización política bajo condiciones distintas, un sistema político horizontal, deliberativo, igualitario, que vuelva a interesar a la sociedad en los asuntos públicos. Nos dice que no hay que reparar lo que está roto ni revivir lo que se ha mostrado estar viejo, como se ha venido haciendo en Latinoamérica, sino volver a lo básico, como en su ejemplo inicial del barco de inmigrantes relacionado históricamente con el “Pacto de Mayflower” y el trato armónico y respetuoso entre las cuarenta personas que se sentaron a conversar sobre la vida nueva que les deparaba el futuro.

Pese a lo atractivo del cambio de eje, y las intuiciones que comparto con Gargarella, he presentado aquellos desacuerdos que tengo con el autor, y que considero que el libro no los resuelve. Y no los resuelve a un punto que torna su propuesta en un ideal demasiado utópico, capaz de entusiasmar por hipótesis sobre la base de personas virtuosas, pero incapaz de adoptarlo para las realidades de nuestras sociedades latinoamericanas complejas, desiguales, e imperfectas.

BIBLIOGRAFÍA

- Barry, B. (1989). Is Democracy Special? *Democracy, Power, and Justice: Essays in Political Theory*: 24-60.
- Christiano, T. (2008). *The Constitution of Equality. Democratic Authority and its Limits*. Oxford, Oxford University Press.
- Dworkin, R. (1996). *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, Harvard University Press.
- Dworkin, R. (2011). *Justice for Hedgehogs*. Harvard, Harvard University Press.
- Ely, J. (1980). *Democracy and Distrust*. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press.

- Gargarella, R. (2021). El derecho como una conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran –por fin– al diálogo ciudadano. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Siglo XXI editores.
- Locke, J. (1988 [1690]). *Two Treatises of Government*. Edición a cargo de Peter Laslett. Cambridge, Cambridge University Press.
- Morales, L. (2016). *Derechos sociales constitucionales y democracia*. Barcelona, Marcial Pons.
- Morales, L. (2018). “The discontent of Social and Economic Rights”. *Res Publica*, vol. 24 (2): 257-272.
- Nino, C. S. (1997). La constitución de la democracia deliberativa. Barcelona, Gedisa. Citado por la traducción al castellano de Roberto P. Saba. Título original: *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven, Yale University Press, 1996.
- Puga, M. (2023). “Un exorcismo necesario: Comentario a El Derecho como una conversación entre iguales”. *Revista Latinoamericana de Filosofía Política*, vol. XI (7): 185-213.
- Waldron, J. (2005). *Derecho y desacuerdos*. Madrid, Marcial Pons. Citado por la traducción al castellano de José Luis Martí y Águeda Quiroga. Título original: *Law and Disagreement*. Oxford, Oxford University Press, 1999.
- Waldron, J. (2010). A majority in the lifeboat. *Boston University Law Review*, vol. 90: 1043-1057.

Fecha de recepción, 7 de agosto de 2023

Fecha de aceptación, 7 de septiembre de 2023