

EL TEST MADISONIANO EN LA EVALUACIÓN DEL TRABAJO DE RODOLFO VÁZQUEZ: ALCANCES Y LÍMITES PRÁCTICOS DE UNA FILOSOFÍA POLÍTICO-CONSTITUCIONAL

Roberto GARGARELLA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Teoría a la espera del personal adecuado: la violación del test madisoniano*. III. *Medios constitucionales y motivaciones personales*. IV. *Conclusión*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

En el capítulo “Principios sobre la legislación”, que integra su libro *Political Political Theory*, Jeremy Waldron distingue fundamentalmente entre dos modos diferentes de acercarse a las cuestiones institucionales en general, desde la filosofía política.¹ Por un lado, se refiere a aquellos que han pensado en *principios sustantivos* para organizar u ordenar el sistema institucional, como es el caso de Bentham y el principio de la maximización de la utilidad general; o Rawls, y sus dos principios de justicia. Por otro lado, alude al grupo que más le interesa, que incluye a aquellos autores que se han internado en el examen de *principios procedimentales* que deben caracterizar a la organización institucional. Waldron tiene su foco de atención puesto en una parte especial de dicha organización institucional: el Congreso y la producción legislativa.²

* Universidad Torcuato di Tella y Universidad de Buenos Aires.

¹ Las posiciones que estudia Waldron incluyen también, por supuesto, la de aquellos que muestran total indiferencia frente al tema institucional, propia de una parte relevante de la academia anglosajona, que Waldron tipifica con los trabajos de Isaiah Berlin.

² Su libro trata, entonces, acerca de principios referidos a cómo es que la legislación debe ser elaborada, quiénes deben participar en ella, o el espíritu que debe guiar a quienes intervienen en su dictado. Waldron sugiere entonces una serie de principios, que incluyen varios de relevancia para quienes estamos interesados en la democracia deliberativa (sobre todo por venir de alguien que no lo está), como los de que debe darse voz y tomar información de parte de todas las “opiniones e intereses” diversos existentes en la sociedad; o el principio

La clasificación que propone Waldron resulta útil, para los propósitos de este estudio, de varios modos. Por una parte, él me ayuda a situar al trabajo de Rodolfo Vázquez —a cuya labor está dedicado este estudio— dentro de una gama de textos y autores que se han mostrado interesados en la filosofía política, pero que se han abocado al mismo tiempo al estudio particular de la organización institucional. Por otro lado, el trabajo de Waldron me permite ubicar al de Vázquez dentro de un subgrupo especial de quienes han abordado el estudio de las instituciones, y éste es el de aquellos que se han enfocado tanto en el estudio de los grandes principios de la organización social, como en los principios destinados a regular el funcionamiento de instituciones específicas.

En lo que sigue, voy a adentrarme en la clasificación ofrecida por Waldron para examinar algunas posturas diferentes sobre cómo abordar estos estudios, desde un interés particular por el modo de funcionamiento de las instituciones. De modo específico, quisiera hacer referencia a aquellos estudios que —como el de Vázquez, según diré— se muestran debidamente preocupados por los fundamentos teóricos de las instituciones, pero que fallan a la hora de traducir tales esquemas intelectuales en prácticas posibles y estables. En mis referencias a la obra de Rodolfo Vázquez, me concentraré en su último libro, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, publicado en 2015.

II. TEORÍA A LA ESPERA DEL PERSONAL ADECUADO: LA VIOLACIÓN DEL *TEST MADISONIANO*

Coincido con la filosofía política e institucional que se desprende del trabajo de Rodolfo Vázquez en casi todos sus aspectos. Dicha coincidencia no es una casualidad, sino el producto de preocupaciones, lecturas e influencias comunes y, además, de un diálogo provechoso que venimos prolongando —él y quien esto escribe— desde hace años. Coincido con su filosofía liberal igualitaria, su preocupación por los derechos humanos, así como la específica defensa que hace de los principios de autonomía y dignidad personal, además del principio de igualdad. Coincido también con mucho de lo que sostiene en materia de organización del poder y, en particular, sobre la relación debida entre los órganos Legislativo y Judicial. A pesar de

de “deliberación”, que incluye ciertos deberes y responsabilidades sobre cómo llevar a cabo la discusión parlamentaria; o un principio de formalidad legislativa, que incluye uno sobre la “estructura del debate”; o uno de “igualdad política y decisión mayoritaria”.

ello, tengo diferencias con lo que puedo entrever como los “detalles” (algunos salientes, en verdad) de su cosmovisión.

Vázquez sintetiza buena parte de su “credo”, tanto en materia de principios sustantivos como de principios procedimentales, en un párrafo clave dentro de su último libro. En él sostiene lo siguiente:

A la pregunta ¿cuál es el grado de deferencia hacia el legislador por parte del órgano encargado del control, si tomamos en serio el argumento contramayoritario? Respondemos: si partimos de la defensa de una democracia sustantiva y entendemos que el puro y simple mayoritarismo que niega toda precondition de la democracia, resulta totalmente implausible; si distinguimos entre el ámbito de lo privado y lo público y situamos en un coto vedado los derechos derivados de la autonomía personal; si entendemos que los derechos de participación política suponen una precondition fundamental que es el derecho a no ser discriminado, y entendemos que tales derechos debemos atrincherarlos constitucionalmente para hacer posible el proceso democrático, entonces la custodia de los mismos supone un control judicial rígido y una intervención activa de los jueces que con base en ella ahora sí favorezca, el diálogo institucional incrementando la calidad deliberativa de los procesos de decisión y haciendo ver a la mayoría el peso de razones o puntos de vista que no ha sabido tomar en cuenta, o contradicciones y puntos débiles en la fundamentación de sus decisiones.³

El párrafo citado es interesante por varias razones. En lo que hace al pensamiento de Vázquez, el mismo es revelador de muchos de los ejes centrales de sus preocupaciones, y de las respuestas que ha ido elaborando, como académico, frente a las mismas. En lo que hace al análisis de su pensamiento, el párrafo es ilustrativo acerca de las luces y dudas que puede mostrar y generar el mismo.

Las luces de las que hablo tienen que ver con el modo, en mi opinión apropiado, en que la visión de Vázquez combina principios generales y procedimientos específicos. En su obra uno encuentra una filosofía liberal igualitaria, de anclaje rawlsiano, que articula en buena medida su aproximación a los problemas de la coerción estatal y la distribución de recursos. Hay también una teoría de la democracia, de naturaleza deliberativa, que ordena las piezas más pequeñas del esquema institucional que él imagina. Hay una cierta teoría de los derechos, también, que se reconoce en éste capítulo —el capítulo sexto de su libro de 2015— como en toda la primera

³ Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM, 2015, pp. 144 y 145.

parte del mismo. Y hay una teoría del control constitucional, que es la que se explicita con cierto detalle en la segunda y última parte de su libro. Más allá de ciertas diferencias —algunas de las cuales mencionaré en las páginas que siguen— siento en líneas generales un gran nivel de coincidencias con el marco y los detalles particulares de su postura.

Las dudas que, en todo caso, me aparecen, tienen que ver con cuestiones que se refieren a (pero que también trascienden largamente) las “tuercas y tornillos” del esquema institucional que propone Vázquez. Se trata, en verdad, de un tipo de diferencias que me permiten situarlo a él junto con muchos de los mejores autores contemporáneos en términos de teoría constitucional, y en relación con cuyas concepciones siento tanto atracción como resistencias. Pienso, en particular, en autores que ocupan un lugar central en el constitucionalismo moderno, y aun dentro de la propia obra de Vázquez, como Carlos Nino, John Ely u Owen Fiss.

Permítanme hacer referencia al tipo de problemas que vislumbro, que son comunes tanto en el trabajo de los autores citados como en el propio de Vázquez. Podría decir que todos ellos, de un modo u otro, desafían o dejan de lado una de las principales enseñanzas que nos legara James Madison, tal vez el gran “genio” moderno en lo que se refiere al diseño de instituciones de gobierno. En uno de los párrafos más importantes y conocidos, de uno de sus textos más influyentes —*El Federalista*, núm. 51— Madison escribió unas líneas relevantes sobre diseño institucional, en polémica con quienes eran entonces sus principales adversarios políticos, los “antifederalistas”. Madison, como muchos de los miembros de su generación, imputó a sus adversarios una cierta ingenuidad a la hora de abordar el diseño institucional. Para el virginiano, sus críticos —influidos seguramente por la filosofía política *republicana*, muy en boga en dicho momento— pensaban en las instituciones asumiendo un comportamiento políticamente *virtuoso* por parte de los funcionarios públicos que iban a desempeñarse en las mismas. Madison entendía que de ningún modo podía concebirse así al nuevo gobierno y al nuevo entramado constitucional: no podía, simplemente, asumirse que los funcionarios públicos fueran a desempeñar sus tareas de modo “virtuoso” o como si fueran “ángeles”. No podía —en otros términos— hacerse descansar el buen funcionamiento de las instituciones en tales “escasas” o excepcionales cualidades de carácter. Como diría más tarde Bruce Ackerman, debía “economizarse en virtud”.⁴ Resultaba, en todo caso, mucho más sensato pensar en las instituciones asumiendo que ellas iban a ser ocupadas por “de-

⁴ Ackerman, B., “The Storrs Lectures: Discovering the Constitution”, *Faculty Scholarship Series*, núm. 149, p. 984.

monios” o, para decirlo en otros términos, concebirlas como si las mismas fueran a ser controladas por el propio adversario de uno. Si las instituciones prometían funcionar apropiadamente en ese caso —es decir, aun en el caso de que las posiciones abiertas fueran ocupadas, coyunturalmente, por los propios adversarios— entonces podría concluirse en que las instituciones estaban bien preparadas para funcionar. Éste es, podemos decir, el *test madisoniano* sobre el buen diseño de las instituciones: las instituciones pasan el test si conjugan apropiadamente ciertos “medios constitucionales” (funcionales en relación con los fines buscados) con las “motivaciones” esperables (antes que deseadas) de los funcionarios públicos; y no lo pasan si se asientan, en cambio, en incentivos institucionales inapropiados para los fines propuestos, o si requieren de funcionarios motivados como si fueran seres excepcionales, angelicales. En sus propios términos (y cito aquí a Madison en extenso):

La gran seguridad contra la gradual concentración de los distintos poderes en el mismo departamento consiste en dar a todos aquellos que administran una rama de gobierno los medios constitucionales necesarios y los motivos personales para resistir las invasiones de los demás. Las provisiones de defensa deben ser, en éste como en los demás casos, proporcionales a los peligros del ataque. La ambición debe contrarrestarse con la ambición. El interés del hombre debe conectarse con los derechos constitucionales del lugar. Es un reflejo de la naturaleza humana que tales medios sean necesarios para controlar los abusos del gobierno. ¿Pero qué es el gobierno sino la más grande de todas las reflexiones sobre la naturaleza humana? Si los hombres fuesen ángeles, el gobierno no sería necesario. Si los ángeles gobernaran a los hombres, saldrían sobrando lo mismo las contralorías externas que las internas del gobierno. Al organizar un gobierno que ha de ser administrado por hombres para los hombres, la gran dificultad estriba en esto: primeramente hay que capacitar al gobierno para mandar sobre los gobernados y luego obligarlo a que se regule a sí mismo.⁵

Por razones como las expresadas en el párrafo, Madison propuso un esquema institucional basado en fuertes “contralorías internas” —lo que conocemos como un sistema de “frenos y contrapesos”— en el que la desconfianza frente al actuar (asumidamente) “autointeresado” (antes que “virtuoso”) de los funcionarios públicos, y un consiguiente esquema de estrictos controles (internos) resultarían los elementos claves.

En lo personal, no creo que los adversarios de Madison fueran tan ingenuos como él asumía —o proponía asumir— que lo eran; y por tanto no

⁵ Hamilton, A. *et al.*, *The Federalist Papers*, Londres, Bantam Books, núm. 51, 1982.

pienso que fueran justas muchas de las críticas que él les hiciera. Entiendo que muchos de ellos proponían (antes que la ausencia de controles y la mera confianza en seres angelicales o virtuosos), otro sistema de controles —un sistema alternativo, basado en las “contralorías externas” o controles exógenos o populares— tanto o más plausible que el que sugería el propio Madison. Sin embargo, esta discusión no viene a cuento aquí: lo que me interesa es llamar la atención sobre el valor del test madisoniano sobre el buen diseño de las instituciones.

Conforme entiendo, muchas de las propuestas más interesantes que han realizado autores como los arriba citados (Fiss, Ely y el propio Vázquez), en materia de organización institucional, no sobrepasan el test de Madison, y en este sentido pueden clasificarse como insuficientemente “realistas”. Dicho “fracaso” (si podemos llamarlo así) se debe a no tomar en cuenta los datos centrales de la propuesta de Madison, arriba mencionados: lo que él propone, para el buen diseño, es combinar los “*medios constitucionales*” —digamos así, las propuestas acerca de cómo disponer los detalles de las nuevas instituciones, los “incentivos”— con los *motivos personales* —esto es, con un conocimiento adecuado acerca de los modos habituales del comportamiento humano—.

Según diré, muchas teorías constitucionales contemporáneas desafían al test madisoniano —y por tanto, tienden a fracasar o funcionar mal en la práctica— porque proponen “medios constitucionales” ambiciosos, muchas veces interesantes, pero descuidan lo concerniente a los “motivos” o móviles personales; o viceversa. Muy de manera habitual, los teóricos constitucionales parecen apostar, abiertamente o no, a que contarán con instituciones impecables, ocupadas por funcionarios públicos en consecuencia convencidos/persuadidos del valor de las teorías que ellos les proponen. La apuesta es, en consecuencia, una que se asienta tanto en la confianza en las instituciones como en la fuerza persuasiva del discurso o la doctrina jurídica —apuesta que resulta, según entiendo, habitualmente perdida de antemano—. Las propuestas institucionales hechas por el teórico deben —en mi opinión— mostrarse atentas a la necesidad de reformas institucionales, permanente y plenamente conscientes de las posibilidades y límites esperables en la conducta humana.⁶

⁶ Dos de las discusiones más interesantes y menos transitadas del debate entre Madison y sus adversarios políticos son las siguientes. La primera tiene que ver con el debate acerca de cuáles son, efectivamente, los rasgos básicos de la naturaleza humana a tomar en cuenta como presupuestos, a la hora de pensar un diseño institucional. El modelo madisoniano, reproducido en buena medida, contemporáneamente, por el modelo de la “elección racional” utilizado en la ciencia política, o por los economistas de la escuela “neoclásica”, se basaba,

III. MEDIOS CONSTITUCIONALES Y MOTIVACIONES PERSONALES

El dato según el cual buena parte de la teoría constitucional contemporánea ignora las enseñanzas de Madison, se advierte en la extraordinaria energía puesta sobre recomendaciones doctrinarias de un cierto tipo, bajo el supuesto de que los funcionarios públicos —comúnmente, el personal judicial— considerará apropiadas tales recomendaciones, al punto de sentirse motivado para llevar a cabo o poner en práctica las propuestas del caso, y sin la necesidad de ninguna ayuda relevante en términos institucionales —o aun en contra de las inercias e incentivos institucionales actualmente existentes—. Permítanme ilustrar lo dicho hasta aquí con algunos ejemplos, referidos sobre todo a dos tipos de casos, habitualmente muy vinculados entre sí, pero que llaman la atención sobre cuestiones que merecen distinguirse. Dos violaciones diferentes del test madisoniano:

- el caso de los teóricos que asumen a los jueces como debidamente motivados o suficientemente persuadidos a partir de las enseñanzas que desde la teoría o la doctrina se le transmite a los jueces, descuidando el hecho de que los jueces pueden tender a moverse por razones contrarias a las sugeridas por el teórico; y
- el caso de los teóricos que desconocen o descuidan el modo en que el sistema institucional no contribuye o directamente tiende a obstaculizar el curso de acción teóricamente propuesto.

1. *¿Contamos con jueces bien motivados?*

Resulta muy común, dentro de la teoría constitucional contemporánea, asumir que la tarea del teórico consiste básicamente en proponer de nuevas interpretaciones doctrinarias a los jueces, para que los mismos modifiquen sus lecturas previas del derecho, y se ajusten a las nuevas doctrinas. Por

indebidamente diría, en el supuesto del hombre “egoísta racional”. Este esquema fue desafiado contemporáneamente por estudios diversos, con anclaje en trabajos empíricos de la psicología, que hablan de la “reciprocidad” como supuesto motivacional básico, distintivo de la conducta humana. El segundo debate tiene que ver con las posibilidades efectivas de confrontar y modificar ciertos rasgos de carácter fundamentales, atribuibles a la naturaleza humana —el egoísmo por ejemplo—. Esto es, aun si tomáramos, por caso, al egoísmo como un dato “duro” del carácter de las personas, ello no nos debería llevar a pensar, “naturalmente”, que “por tanto” el sistema institucional tiene que funcionar con ese rasgo central como “dato inmodificable”, y no, en cambio, con ese rasgo central como objetivo a “combatir” o minimizar por intermedio del sistema institucional.

supuesto, y por si hiciera falta aclararlo, el teórico no tiene por qué involucrarse, también, en la tarea de implementar las innovaciones doctrinarias que eventualmente propone: me parece claro que los constitucionalistas, en particular, debemos estar ante todo agradecidos con aquellos teóricos que innovan en el campo teórico con las interpretaciones o creaciones doctrinarias que proponen. Sin embargo, el punto que me interesa destacar es otro, y éste es que, de modo habitual, el teórico se desentiende indebida e injustificadamente de las implicaciones prácticas de sus propuestas, por lo que el mundo legal tiende a quedar inundado de proposiciones, muchas veces en tensión entre sí, respecto de las cuales no tenemos ninguna razón para pensar que alguna de ellas, alguna vez, vaya a ser retomada por un juez en la práctica. Si esta descripción fuera correcta, la doctrina haría bien en tomar nota de sus responsabilidades y límites, para de ese modo contribuir al desarrollo de una práctica más afín a los cambios con los que dice estar comprometida.

El déficit al que me refiero afecta aun, sino especialmente, a muchas de las más interesantes e innovadoras teorías constitucionales contemporáneas, referidas al control judicial y a sus modos de implementación. Sólo para citar algunos ejemplos de teorías de particular atractivo (para mí, tanto como para Vázquez, según entiendo), comenzaría haciendo referencia al trabajo de Owen Fiss sobre los “derechos de grupos y la cláusula de la igual protección”.⁷ En el artículo citado, Fiss confrontó la interpretación habitual de la Enmienda XIV, sobre la igualdad, incluida en la Constitución de los Estados Unidos. La lectura habitual de la misma propone una interpretación “individualista” de la citada cláusula, que Fiss entiende errada. Él propone, entonces, remplazar la lectura dominante, a la que asocia con un principio simple de “antidiscriminación”, por una alternativa que vincula con lo que llama un “principio sobre los grupos desaventajados”. La interpretación apropiada de la cláusula sobre la igualdad, en su visión, debería ser consciente de la situación de subordinación socioeconómica y el estatus político inferior que la práctica le asigna a determinados grupos (en particular —está pensando él— el grupo de los afroamericanos). El esfuerzo argumentativo que hace Fiss en su texto —que, insisto, vino a contradecir a una larga y consolidada doctrina conservadora en la materia— es extraordinario, por lo cual en buena medida resulta injusto pedirle “más compromiso”, justamente, al autor que se enfrenta con el *status quo* prevaleciente dentro de la doctrina constitucional. Sin embargo, consciente de ello, me

⁷ Fiss, O., “Groups and the Equal Protection Clause”, *Philosophy and Public Affairs*, 5, 2, 1976, pp. 107-177.

interesa subrayar que no sólo Fiss, sino todos los doctrinarios interesados en su propuesta, debemos hacer algo más que elogiarla en nuestros escritos: necesitamos reflexionar acerca de cómo asegurar que la misma sea trasladada a la práctica. ¿Por ejemplo —podríamos preguntarnos— es que necesitamos impulsar cambios legales para hacerla posible? ¿Es que la Constitución debería ser reformada para incluir, de modo más explícito, referencias a los derechos de los grupos más desaventajados? ¿Es que debería asegurarse la igual protección de los grupos desfavorecidos, por otros medios? ¿Es que deberíamos proveer de otro tipo de incentivos institucionales a los jueces, para favorecer los resultados que consideramos más justos (favoreciendo el litigio colectivo, o ampliando los alcances del “standing” o la legitimación para litigar, o favoreciendo la agrupación de los casos que traten de temas similares, etcétera)? Mi sospecha es que, cuando nos contentamos con la ofrenda de una cierta novedad doctrinaria a los jueces, terminamos descansando en la buena voluntad de los mismos para la implementación de la doctrina que valoramos. Más gravemente aún, de ese modo tendemos a dejar —en los hechos— abandonada a su suerte a una doctrina que consideramos de importancia, condenándola muy previsiblemente al abandono u olvido. La nueva doctrina queda así a la merced de funcionarios que van a dejarla de lado, y de instituciones que (según diré) tienden a trabajar en contra de su implementación.

Piénsese, de modo alternativo, en una teoría del control constitucional como la ofrecida por John Ely, en su importante libro *Democracy and Distrust*⁸ —una teoría que Vázquez retoma aprobatoriamente en el capítulo 6 de su libro—. Ely generó una notable innovación en la teoría constitucional contemporánea, al proponer una interpretación procedimental, y no sustantiva, de la Constitución estadounidense. Conforme a dicha aproximación, la tarea de los jueces debería circunscribirse al cuidado de la Constitución entendida como un “manual de procedimientos”. Esto es decir, en términos de Ely, que los jueces deberían orientar su trabajo a asegurar que la maquinaria democrática que crea la Constitución funcione, y para ello deben procurar, primordialmente, “mantener abiertos los canales del cambio político” (asegurando la celebración de elecciones periódicas, la vigencia de la libertad de expresión, etcétera), e impedir que sean “sacadas de juego” las minorías (en sus términos originales, *discrete and insular*) contra las que existan extendidos prejuicios. Aquí tenemos, de nueva cuenta, una lectura innovadora, creativa, poderosa, sobre cómo interpretar la Constitución. Otra vez, como doctrinarios de derecho constitucional, no podemos sino es-

⁸ Ely, J., *Democracy and Distrust*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

tar agradecidos por un aporte intelectual semejante. Sin embargo, una vez más, tenemos que retomar la pregunta que hacíamos para el caso anterior, y ésta es: ¿qué razones tenemos para pensar que los jueces van a allanarse a adoptar una interpretación constitucional como la que Ely propone y nosotros favorecemos? ¿No es —para peor— que los “motivos personales” prevalecientes (tanto como los “medios constitucionales” existentes) tienden a trabajar en contra de los cambios que predicamos?

Tal vez en este caso resulta todavía más claro el tipo de problemas a los que me estoy refiriendo. Adviértase que, si tomaran en serio una propuesta como la de Ely, los jueces deberían redireccionar seriamente sus energías para dejar de ocuparse de cantidad de casos centrales de los que hoy se ocupan —casos referidos a cuestiones “sustantivas”— y concentrar su atención, en cambio, en la resolución de un abanico más estrecho de casos, vinculados con violaciones o fallas “procedimentales”. De alguna manera, una propuesta como la de Ely implicaría que los jueces pierdan o “resignen” buena parte del poder que hoy ejercen, para abocarse, en cambio, a una serie más específica de litigios, de relevancia institucional-democrática. La pregunta que entonces hacíamos resulta ahora más clara y dramática: ¿Por qué razón es que deberíamos esperar que un juez adhiera y ponga en práctica una doctrina tal, que implica un cercenamiento de su propio poder? ¿Por qué es que los jueces —que, históricamente, han trabajado de modo consistente en la expansión de sus propios poderes— habrían de pasar, en algún momento, a desandar ese camino para adoptar el inverso, optando entonces por un sendero de “autorrestricción”? ¿No es éste precisamente el caso de una teoría que no sólo descuida los factores motivacionales que debiera tomar en cuenta, sino que ignora además que las motivaciones prevalecientes, esferables, se mueven en dirección justamente contraria a la que se sugiere?

2. *¿Contamos con incentivos institucionales apropiados?*

Un problema paralelo al anterior es el relacionado, ya no con los “motivos personales” de los que hablara Madison, sino con los “medios constitucionales” disponibles. Ocurre que, desde el momento de su creación, a finales del siglo XVIII, el modelo constitucional hoy dominante cuenta con ciertos rasgos distintivos, basados en ciertos objetivos considerados prioritarios, y ciertos supuestos relacionados con la práctica existente, que no son aptos, obviamente, para conseguir *cualquier* objetivo que nos resulte atractivo. Permítanme hacer una brevísima referencia a tales rasgos prevalecientes, para concentrarme luego en los modos inapropiados en que hoy,

desde la teoría constitucional, se tiende a concebir al sistema constitucional vigente, y a proponer reformas sobre el mismo.

Para simplificar una historia extensa, sostendría que el sistema institucional modelado en los Estados Unidos en 1787, se dirigió fundamentalmente a favorecer la estabilidad política, entonces en crisis, y a impedir simultáneamente la “mutua opresión”, de una “facción” sobre las restantes (un objetivo que, de distintos modos, enunciaron tanto James Madison como Alexander Hamilton, esto es decir, dos de las grandes cabezas intelectuales de aquel “momento constitucional”). Dichos objetivos eran sin duda importantes, en aquella época (tal vez no los únicos ni los principales, si tomamos en cuenta, por caso, el tema de la esclavitud), y todavía hoy explican muchos de los rasgos propios del constitucionalismo moderno: el sistema de “frenos y contrapesos”, en general; la preferencia por los controles “internos” frente a los “externos”, el bicameralismo, el veto presidencial, las modalidades vigentes del control judicial, etcétera.

En América Latina, años más tarde, Juan Bautista Alberdi definió otros objetivos cruciales, que había abrazado o debía abrazar el constitucionalismo regional: la independencia no consolidada; el atraso económico; las libertades políticas limitadas, etcétera. Estos “dramas” determinaron algunos de los rasgos “nuevos” incorporados sobre el “viejo molde” estadounidense, desde América Latina: el híper presidencialismo; los incentivos a la inmigración; las protecciones a las libertades económicas, etcétera. En el siglo XX, según sabemos, otros nuevos “dramas” —como, típicamente, el de la crisis de 1930 (que implicó la crisis entera de un modelo de organización política, económica y social)— desataron nuevas respuestas constitucionales, por ejemplo, la incorporación de los “derechos sociales” en el constitucionalismo latinoamericano.⁹

El asunto es que el sistema institucional resultante de esa sumatoria de elementos generó una maquinaria constitucional-democrática, con sus atractivos e imperfecciones, que se muestra capacitada para el logro de ciertos objetivos, e inhábil para conseguir otros. En lo personal, considero que el sistema creado originariamente en los Estados Unidos fue exitoso para canalizar institucionalmente lo que parecía ser el estallido de una “guerra civil”: internalizó y supo absorber una serie creciente de desafíos a la gobernabilidad, que eran típicos del “momento fundacional” del constitucionalismo. Tuvo éxito para “evitar la guerra” y sentar las bases para la estabilidad política futura. Sin embargo, por razones obvias, dicho sistema —y lo mismo es extensible a América Latina— no pretendió ni nació capacitado

⁹ Gargarella, R., *La sala de máquinas de la Constitución*, Buenos Aires, Katz, 2015.

para conseguir otros objetivos que hoy podríamos considerar atractivos o relevantes. Aquí podría mencionar a una multiplicidad de objetivos alternativos, pero voy a contentarme con citar sólo uno: la promoción del diálogo constitucional, entre-poderes y extra-poderes. Para decirlo de modo simple y brutal: *el sistema constitucional con el que contamos nació bien preparado para evitar la guerra, pero muy poco apto para promover el diálogo.*

Opciones institucionales como la citada resultan comprensibles, en parte irreprochables: simplemente, un mismo sistema institucional no puede lograr objetivos muy diversos a la vez, y resulta sensato que organice sus fines conforme a las prioridades más urgente dentro de la época en que se lo erige. El punto que nos interesa aquí, sin embargo, es otro, y se vincula con el modo en que el constitucionalismo contemporáneo desconoce o no le presta atención a los rasgos propios del sistema institucional con el que trabaja.

Un buen ejemplo de lo que digo está representado por la corriente del “constitucionalismo dialógico” que se ha ido formando en los últimos años, y que defiende o propone nuevas alternativas de diálogo constitucional, como las que han ido emergiendo en la práctica reciente: desde la llamada cláusula del *notwithstanding*, dentro del constitucionalismo canadiense; a las “audiencias públicas” promovidas desde los tribunales superiores, en países como Argentina, Brasil o Colombia; a la práctica del *meaningful engagement* puesta en vigencia por la Corte Constitucional de Sudáfrica.¹⁰ Obviamente, para quienes pensamos el constitucionalismo desde un compromiso particular con la democracia deliberativa —como ocurre en mi caso, o en el del propio Vázquez— novedades como las citadas no pueden sino ser objeto de clara celebración. Sin embargo, dicha celebración en ningún caso puede

¹⁰ Bateup, C., “Expanding the Conversation: American and Canadian Experiences of Constitutional Dialogue in Comparative Perspective”, *Temp. Int’l L. J.*, 1, 21, 2007; Bednar, J., “The Dialogic Theory of Judicial Review: A New Social Science Research Agenda”, *The George Washington Law Review*, núm. 78, 2010, pp. 1178; Friedman, B., “Dialogue and Judicial Review”, *Mich. L. Rev.*, 577, núm. 91 1993; Gargarella, R., “We the People’ Outside of the Constitution: The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances”, *Current Legal Problems*, 2014, 67 (1), pp. 1-47, 2015; Gardbaum, S., *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013; Hogg, P. et al., “Charter Dialogue Revisited, —Or much Ado About Metaphors”, *Osgoode Hall L. J.*, 1, núm. 45, 2007; Liebenberg, S., “Engaging the Paradoxes of the Universal and Particular in Human Rights Adjudication. The Possibilities and Pitfalls of «Meaningful Engagements»”, *African Human Rights Law Journal*, 1, núm. 2, 2012, pp. 1-29; Roach, K., “Dialogic Judicial Review and its Critics”, *Supreme Court Law Review*, 23, núm. 49, 2004; Rodríguez-Garavito, C., “Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America”, *Texas Law Review*, vol. 89, núm. 7, 2011, pp. 1669-1698; Tushnet, M., “Dialogic Judicial Review”, *Ark. L. Rev.*, 61, 2009, p. 205; Young, K., *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

dejar de ser consciente de que prácticas dialógicas emergentes, como las señaladas, han ido apareciendo *a pesar, antes que en razón*, del tipo de sistema institucional con el que contamos. Según temo, lamentablemente, la renovada doctrina dialógica no tiende a tomar conciencia de las limitaciones institucionales en las que se mueve.

Adviértase, por ejemplo, el modo en que Rodolfo Vázquez propone re-leer o reconstruir el trabajo de John Ely, en clave “dialógica”. Dice Vázquez:

Un buen intento a favor de una participación activa de los jueces es el que se constituyan, como propone Ely, en controladores del mismo procedimiento democrático. Una concepción deliberativa de la democracia maximizará su capacidad epistémica si se cumplen algunas condiciones como las relativas a la amplitud de participación de los afectados por las decisiones o medidas que se discuten; la libertad para expresarse en el debate y en la discusión; la igualdad de condiciones con que se participa; la exigencia de justificación de las propuestas; etcétera. Las reglas del proceso democrático deben estar orientadas a garantizar la mejor disposición de estas condiciones.¹¹

En el trabajo de Vázquez, como en la mayoría de los que son propios de la corriente deliberativista contemporánea, son comunes las “instrucciones” o propuestas sobre lo que los jueces deberían hacer, en clave deliberativa, como son muy excepcionales las referencias a las condiciones institucionales necesarias para facilitar o hacer posible tales “deberes” (la última línea del párrafo citado). En seguida, el “mandato” sobre los jueces es considerado un hecho, y asumido como un rasgo necesario y esperable del sistema en el que se mueven. Para seguir con el ejemplo mencionado: los jueces —agrega Vázquez unas líneas por debajo de las recién citadas— “están obligados a determinar en cada caso si se han dado las condiciones que fundamentan el valor epistémico del proceso democrático, de modo que la ley en cuestión goza de una presunción de validez que a efectos de justificar una decisión permita al juez poner entre paréntesis su propia reflexión individual”. Y agrega: “[los jueces deben] promover las condiciones que otorgan valor epistémico al mismo proceso democrático”.¹² La pregunta es, en todos los casos: qué razones tenemos —si es que hay alguna— para pensar que los

¹¹ Vázquez, Rodolfo, *Derechos...*, *cit.*, p. 137.

¹² De modo similar, recordemos el párrafo que cité como el “credo” de Vázquez, cuando señala que: “la custodia de los (derechos) supone un control judicial rígido y una intervención activa de los jueces que con base en ella ahora sí favorezca, el diálogo institucional incrementando la calidad deliberativa de los procesos de decisión y haciendo ver a la mayoría el peso de razones o puntos de vista que no ha sabido tomar en cuenta, o contradicciones y puntos débiles en la fundamentación de sus decisiones”. *Ibidem*, pp. 144 y 145.

jueces van a llevar adelante una tarea semejante (“promover las condiciones que otorgan valor epistémico al mismo proceso democrático”), particularmente dentro de un contexto institucional que predispone todos los incentivos que organiza en dirección contraria, para favorecer el veto, el bloqueo o el control mutuo (tratando de impedir las “mutuas opresiones”), antes que al diálogo?

Sobre el final de su libro, Vázquez retoma la cuestión del control judicial, y vuelve a dejar en claro cuál es el modo apropiado en que —considera— la relación entre los poderes debe funcionar. Sostiene entonces, entre muchas otras cosas, que “lejos de un reforzamiento elitista y monológico de su actividad, la justificación última de (el control judicial) tiene que ver con la protección y reforzamiento de la deliberación democrática”.¹³ Y uno vuelve entonces a enunciar la misma pregunta de siempre: por qué es que uno debería esperar que los jueces orienten sus esfuerzos del modo en que uno lo desearía, cuando todos los incentivos institucionales existentes se orientan en dirección más bien contraria a la que sería necesaria para el logro de los fines deseados?

IV. CONCLUSIÓN

He tomado como ejemplo relevante de una filosofía política apropiada, y preocupada por la realidad constitucional, a la expuesta por Rodolfo Vázquez en su último libro, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*. Considero que su trabajo es de interés, en primer lugar, porque —como propone Waldron— el mismo se ocupa (en lugar de dejar de lado) de cuestiones institucionales de primera importancia, y además porque lo hace de un modo adecuadamente abarcativo: Vázquez no preserva a su teoría como teoría meramente ideal, sino que quiere que la misma entre en diálogo con la práctica actualmente existente. Le interesa, finalmente, intervenir desde la teoría sobre dicha práctica, para asegurar —en la medida de las estrechas posibilidades con que cuenta cada uno— una sociedad más justa.

En lo personal, me siento plenamente identificado con casi todos los supuestos teóricos y recomendaciones prácticas que Vázquez enuncia en su trabajo. Sin embargo, he querido llamar la atención sobre una limitación que veo en el mismo, y que es común en muchos de los mejores trabajos que hoy conocemos, situados en la intersección de la filosofía política, la concepción deliberativa de la democracia, y la teoría constitucional. Se trata

¹³ *Ibidem*, pp. 189 y 190.

de una dificultad para pensar sobre la traducción institucional de ciertas convicciones teóricas —una dificultad que he graficado con lo que diera en llamar aquí el *test madisoniano* sobre el buen diseño de las instituciones—. En tal sentido, he señalado que muchas de las propuestas institucionales realizadas por Vázquez no superarían exitosamente dicho test, por no sopesar debidamente, ya sea los límites impuestos por la falta de funcionarios públicos motivados del modo asumido por la teoría; ya sea los límites impuestos por la falta de incentivos institucionales orientados en la dirección teóricamente deseada.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, B., “The Storrs Lectures: Discovering the Constitution,” *Faculty Scholarship Series*, núm. 149, 1984.
- BATEUP, C., “Expanding the Conversation: American and Canadian Experiences of Constitutional Dialogue in Comparative Perspective”, *Temp. Int’l L. J.*, 1, 21, 2007.
- BEDNAR, J., “The Dialogic Theory of Judicial Review: A New Social Science Research Agenda”, *The George Washington Law Review*, núm. 78, 2010.
- ELY, J., *Democracy and Distrust*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.
- FISS, O., “Groups and the Equal Protection Clause”, *Philosophy and Public Affairs*, 5, 2, 1976.
- FRIEDMAN, B., “Dialogue and Judicial Review”, *Mich. L. Rev.*, 577, núm. 91, 1993.
- GARGARELLA, R., *La sala de máquinas de la Constitución*, Buenos Aires, Katz, 2015.
- , “We the People’ Outside of the Constitution: The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances”, *Current Legal Problems*, 2014, 67 (1), 2015.
- GARDBAUM, S., *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- HAMILTON, A. *et al.*, *The Federalist Papers*, Londres, Bantam Books, 1982.
- HOGG, P. *et al.*, “Charter Dialogue Revisited, –Or much Ado About Metaphors”, *Osgoode Hall L. J.*, 1, núm. 45, 2007.
- LIEBENBERG, S., “Engaging the Paradoxes of the Universal and Particular in Human Rights Adjudication. The Possibilities and Pitfalls of «Meaningful Engagement»”, *African Human Rights Law Journal*, 1, núm. 2, 2012.

- ROACH, K., “Dialogic Judicial Review and its Critics”, *Supreme Court Law Review*, 23, núm. 49, 2004.
- RODRÍGUEZ-GARAVITO, C., “Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America”, *Texas Law Review*, vol. 89, núm. 7, 2011.
- TUSHNET, M., “Dialogic Judicial Review”, *Ark. L. Rev.*, 61, 2009.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM, 2015.
- WALDRON, J., *Political Political Theory*, Cambridge: Harvard University Press, 2016.
- YOUNG, K., *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2012.