

CAPÍTULO SÉPTIMO

JUECES, DERECHOS Y FILOSOFÍA*

En octubre del año 2000, Ronald Dworkin dictó una conferencia en Nueva York que tituló: “¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?” Para Dworkin: “Los objetivos y los métodos de los jueces incluyen los de los filósofos: ambas profesiones apuntan más exactamente a formular y entender mejor los conceptos claves en los cuales se expresan nuestra moralidad política predominante y nuestra Constitución”.¹ Todo parece indicar que entre jueces y filósofos debe existir una feliz complementación, y que en el caso de los primeros, se ganaría mucho si conocieran los problemas y las teorías filosóficas que subyacen a los mismos. ¿Deben los jueces, por lo tanto, ser filósofos? ¿Debería cada juez justificar explícitamente su filiación filosófica y declararse, por ejemplo, un juez kantiano, tomista, hobbesiano, hegeliano? Y si este fuera el caso, en verdad ¿pueden ser filósofos? Existe un dilema: o pueden ser filósofos, pero no deben, o bien, deben ser filósofos, pero no pueden.

Se han intentado respuestas para evitar el dilema simplemente negando que la filosofía tenga algo que ver con el derecho, específicamente, con la actividad judicial. En este sentido, los jueces no deberían ser filósofos puesto que el lenguaje jurídico no tiene nada que ver con el filosófico: bastaría con conocer lo que quisieron decir los legisladores originales, reforzado por los prece-

* Una primera versión de este capítulo fue publicada en Barra Mexicana, Colegio de Abogados, *Homenaje a Jesús Ángel Arroyo Moreno*, México, Themis, 2014.

¹ Dworkin, Ronald, “¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?”, trad. de Leonardo García Jaramillo, *Isonomía*, núm. 32, abril de 2010.

denes y la jurisprudencia; sería suficiente con acceder a la ley y a los criterios formales de interpretación; no se necesitaría más que un análisis empírico de las consecuencias que se seguirían de la aplicación de una norma para llegar a una solución, o bien, podría apelarse a la intuición emotivista como último recurso. En fin, originalismo, formalismo, pragmatismo o intuicionismo han sido vías propuestas para evitar el dilema negando cualquier tipo de argumentación o justificación valorativa. Sin embargo, a la pregunta de si los jueces deben ser filósofos, la respuesta, según Dworkin y concuerdo con él, debe ser positiva, porque si de lo que se trata es de argumentar frente a valores en pugna, y no sólo con respecto a hechos, predicciones o interpretaciones formales, no queda más que *aclarar* los conceptos morales y decidir optando *argumentativamente* por alguno de los valores en pugna. Los jueces y los filósofos comparten, entonces, una misma vocación.

Pero, ¿pueden los jueces ser filósofos? Es poco realista pensar a estas alturas que los jueces pidieran permiso para ausentarse y hacer un posgrado en filosofía, y que con el tiempo se enseñasen a redactar sus sentencias como ensayos publicables para una revista de filosofía jurídica, moral o política. Con todo, lo cierto es que de un tiempo a la fecha nuestros jueces, por ejemplo, han tenido que hacer notables esfuerzos para comprender el ABC de la ciencia económica y entender la importancia de la economía formal en el análisis jurídico. Sin embargo, una cosa es conocer el ABC y otra es convertirse en un experto econometrista. Dígase lo mismo con respecto a la teoría de la democracia y del Estado para comprender la normatividad electoral, aunque a ningún juez se le ha pedido ser un experto en *rational choice* o en teoría de juegos. ¿No habría que esperar lo mismo de la filosofía? ¿Conocer y saber trabajar con el ABC filosófico, sin convertirse en un experto kantiano conocedor de la influencia de la escuela de Marburgo en la obra de Kelsen, o especialista en el debate Hart-Dworkin, o en la teoría de las implicaturas?

Pienso que a la pregunta de si los jueces pueden ser filósofos, la respuesta de nueva cuenta es positiva. Nuestros jueces deben

y pueden, con sensatez y seriedad, familiarizarse con la filosofía, pero no con el propósito arrogante de eliminar o reducir la controversia sino con la pretensión más modesta, como diría Dworkin, de hacerla “más respetable o, al menos, más iluminada”. Pongo a la discusión algunos ejemplos en los que espero mostrar la necesidad de la filosofía tanto por lo que hace a la clarificación de conceptos, como a la necesidad de argumentación para decidir en una pugna de valores. Concluyo con un último inciso en el que se intenta justificar el valor de un constitucionalismo igualitario como marco de actuación para el Poder Judicial orientado a la protección y reforzamiento de la deliberación democrática.

I. IMPARCIALIDAD NO ES NEUTRALIDAD

A la luz de la reciente reforma en México al artículo 40 constitucional, el tema de la laicidad vuelve a situarse en el debate contemporáneo. Si como ya se ha señalado la laicidad es la doctrina que sostiene la imparcialidad del Estado ante las diversas creencias de los ciudadanos en materia de religión o de convicciones metafísicas, no debe confundirse con la neutralidad. Para entender el alcance de esta distinción entre imparcialidad y neutralidad me parece conveniente traer a cuento un voto concurrente del ministro José Ramón Cossío, en un amparo directo en revisión (502/2007), donde se argumenta a favor de la laicidad en términos de imparcialidad. El caso puede resumirse en los siguientes términos:

El ministro Cossío comparte con la sentencia fallada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el desacuerdo con la argumentación desarrollada por el Colegio en torno al contenido de la libertad religiosa, el principio de laicidad del Estado y las responsabilidades de la jurisdicción familiar en casos de conflictos de derechos. El ministro argumenta precisando sus razones por las que debía concederse el amparo al quejoso. Éste se inconformó con el modo en que la Sala Familiar había resuelto la controversia sobre régimen de convivencia con

los menores que lo enfrentaba con su ex compañera, titular de la custodia.

El quejoso, de confesión judía, alegaba que la Sala Familiar no había atendido su solicitud de ampliación del régimen de convivencia con su hija menor con el fin de, entre otras razones, asistir y celebrar con ella las festividades y tradiciones propias de la religión judía. Esta situación contravenía disposiciones establecidas en la Convención sobre los Derechos de los Niños porque no se garantizaban los términos y condiciones idóneas para que la menor pudiera formarse un juicio propio acerca de la identidad y la práctica religiosa judías. El Tribunal Colegiado negó el amparo con una interpretación muy particular del artículo 24 de la Constitución federal, consideró que la autoridad jurisdiccional no puede determinar lo pertinente respecto a la libertad religiosa por impedirlo el principio de laicidad del Estado y que, en esa medida no puede fijar un régimen de convivencia con el fin de que la menor asista a las celebraciones y festividades judías.

La sentencia fallada por la Sala expresó el desacuerdo con la argumentación desarrollada por el Tribunal Colegiado en torno al contenido de la libertad religiosa, el principio de laicidad del Estado y las responsabilidades de la jurisdicción familiar en caso de conflictos de derechos.

Para el ministro Cossío el Tribunal Colegiado entiende de modo radicalmente incorrecto lo que significa la laicidad o la neutralidad religiosa del Estado en el marco de una democracia liberal:

Mantener que la neutralidad estatal frente a las variadas creencias de los ciudadanos exige al Estado no actuar o no pronunciarse es olvidar que, en una gran cantidad de ocasiones, esa abstención no hace sino convalidar un estado de cosas profundamente asimétrico desde el punto de vista de los derechos y libertades de las partes... lo que la Constitución exige fundamentalmente es imparcialidad, no inacción, y que el principio de separación entre las Iglesias y el Estado consagrado en el artículo 130 de la Constitución Federal no exime en muchos casos a los órganos estatales

del deber de regular en distintos niveles (legislación, reglamentación, aplicación judicial) cuestiones que se relacionan con la vida religiosa de las personas.²

En aras de la protección del interés de la menor que es, sin duda, la parte más vulnerable en este caso, así como garantizar la igualdad en la pluralidad de creencias en el marco de una democracia liberal, se concede el amparo al quejoso.

A la luz del fallo judicial, ser imparcial consiste en valorar el conflicto en términos de principios generales que se aceptan independientemente de la situación en particular, sin permitir que mis preferencias o prejuicios personales influyan en el juicio. La imparcialidad puede exigir una actitud de tolerancia o bien de decidida intervención en el conflicto evitando caer, en este último, en paternalismos injustificados y en la idea de una laicidad positiva. Insisto, en aras de salvaguardar los derechos de la parte más débil y de garantizar el principio de igualdad, el voto concurrente del ministro Cossío asume expresamente el principio de imparcialidad y no el de neutralidad. El ejercicio filosófico de clarificación permea todo el fallo judicial, sin obviar que el trasfondo de una laicidad activa en términos de imparcialidad es el de una concepción filosófica liberal comprometida seriamente con los valores democráticos.

II. DERECHOS INDIVIDUALES VS. DERECHOS COMUNITARIOS

Otro fallo judicial que quiero poner a la consideración del lector tiene que ver con la justificación filosófica de dos tipos de derechos, correspondientes a dos concepciones ético-políticas diversas, la liberal y la comunitarista. En este caso³ un cabildo de la comunidad indígena “Paez”, del Departamento Norte de Cauca,

² Cossío, José Ramón, “Laicidad del Estado y libertad religiosa: cómo armonizarlas”, *Letras Libres*, núm. 112, abril de 2008, pp. 64 y 65.

³ Colombia. Corte Constitucional, *Caso del indígena Francisco Gembuel*, sentencia T. 523/97.

sentenció a un miembro de esta comunidad a un castigo físico, que consistió en 60 “fuetazos” y la expulsión del territorio de la comunidad. El sentenciado, Francisco Gembuel, había denunciado a otro miembro de la comunidad ante la guerrilla como paramilitar. Esta denuncia tuvo como consecuencia el asesinato de tal miembro de la comunidad por parte del grupo guerrillero. Gembuel fue encontrado culpable de ser actor intelectual del asesinato.

El caso llega hasta la Corte Constitucional y el 15 de octubre de 1997, en contra de las dos primeras instancias y del pronunciamiento de Amnistía Internacional, que acusó al cabildo de haber practicado la tortura en la persona del indígena Gembuel, el juez Gaviria, sentencia que: “El fuede consiste en la flagelación corporal con un «perrero de arriar ganado»; y aun tratándose de una práctica heredada de los españoles, tiene significado propio, el del rayo, que es pensado por los paeces como mediador entre lo claro y lo oscuro, es decir, como un elemento purificador”. La Corte rechazó, en última instancia, la tutela de Francisco Gembuel, argumentando, tanto el carácter pluricultural de la sociedad colombiana, protegida y garantizada por el artículo 7o. de la Constitución Política Colombiana, como el reconocimiento a las comunidades indígenas de una jurisdicción propia en su territorio, de acuerdo con el artículo 246, siempre que tal jurisdicción no viole los principios de la Constitución y la ley colombiana. Dado que el Código Penal no prevé un castigo físico y la Constitución lo prohíbe, la Corte, en esta sentencia, interpretó la exigencia del artículo 246 de manera flexible.

Con respecto a la pregunta de si los “fuetazos” deben clasificarse como tortura, la Corte Constitucional recurre a la jurisdicción de la Corte Europea de Derechos Humanos, según la cual, el cumplimiento del criterio “...de un acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos... con el fin... de castigarla...” (Convención contra la Tortura) deberá ser analizada a la luz de las circunstancias del caso, entre ellos el contexto sociopolítico. El juez Carlos Gaviria sostuvo que en el caso del indígena Gembuel no está dada una gravedad suficiente, porque:

...aunque [el fuede] produce aflicción, su finalidad no es causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo... el rayo. Es pues una figura simbólica o, en otras palabras, un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía... el daño corporal que produce es mínimo. Tampoco podría considerarse como una pena degradante que humille al individuo groseramente delante de otro o en su mismo fuero interno... porque esta es una práctica... cuyo fin no es exponer al individuo al “escarmiento” público, sino buscar que recupere su lugar en la comunidad.

El debate entre liberales y comunitaristas ocupó buena parte de los ochenta y se extendió hasta los noventa del siglo pasado. Un buen número de tesis comunitaristas son retomadas y renovadas hasta nuestros días con un enfoque multiculturalista, de la mano también de un republicanismo de corte radical. Para Luis Villoro, por ejemplo:

Los derechos básicos comprenden el derecho a la autonomía de la persona. Pero la persona no es un individuo sin atributos, incluye la conciencia de su propia identidad como miembro de una colectividad y ésta no puede darse más que en contexto cultural... Las creencias básicas, que determinan las razones válidas, los fines elegibles y los valores realizables, varían de una cultura a otra. Por lo tanto, el respeto a la autonomía de las personas incluye el de las comunidades culturales a las que pertenecen. El “derecho de los pueblos” sólo puede contarse entre los derechos humanos fundamentales, en la medida en que el “pueblo” sea una condición para la autonomía de la persona...⁴

El problema que veo en la propuesta de Villoro es, precisamente, el de la prioridad ética que otorga, a fin de cuentas, al contexto cultural sobre el principio de autonomía personal. Si el contexto cultural de elección es un bien primario y se incluye entre aquellos que conforman el “coto vedado” para usar la expresión

⁴ Villoro, Luis, “Sobre derechos humanos y derechos de los pueblos”, *Isonomía*, México, núm. 3, octubre de 1995, pp. 10 y ss.

de Garzón Valdés, o la “esfera de lo indecible”, con términos de Ferrajoli, merecería por ese sólo hecho el mismo respeto que el bien primario de la libertad individual pero, entonces, ¿qué sucedería si aquél entra en contradicción con esta última? El respeto al contexto cultural de elección exigiría, por ejemplo, la justificación de los azotes, como signo de purificación, con el fin de salvaguardar la armonía en la comunidad.

Villoro suaviza su posición comunitaria inicial para proponer un modelo igualitario, de corte multiculturalista, que lejos de conflictuar con el modelo liberal “pretende llevarlo a su término”.⁵ En la misma línea de argumentación de Joseph Raz,⁶ Villoro piensa que el ideal de autonomía liberal sólo es realizable en una sociedad multicultural donde la presencia de diferentes culturas constituye un valor por sí mismo y donde:

El respeto a la autodeterminación de todos los miembros de la sociedad no es sólo condición de una asociación justa, sino el ideal regulativo de la acción política. De esta manera: Una política igualitaria plantearía el valor superior de la pluralidad en la unidad... Única e irremplazable es cada cultura, pues no hay una sola que no manifieste una faceta valiosa de la realidad. Y la realidad está constituida por la unidad de esa diversidad.

Difícilmente se podría disentir de la propuesta de Villoro, siempre que se acepte: *a*) que el carácter único e irrepetible de cada cultura no garantiza *ipso facto* su legitimidad moral, y *b*) que tomarse en serio el respeto a la autodeterminación de cada uno de los miembros de la sociedad significa reconocer el derecho de asociación voluntaria de cada individuo y la eventual disidencia de éstos con respecto a su comunidad —y los valores que la integran— sin represiones subsecuentes. La condición *b*) sería la

⁵ Villoro, Luis, “Igualdad y diferencia: un dilema político”, en Olivé, León y Villoro, Luis (ed.), *Filosofía moral, educación e historia. Homenaje a Fernando Salmerón*, México, UNAM, 1996.

⁶ Raz, Joseph, “Multiculturalism: a Liberal Perspective”, en *Ethics in the Public Domain*, Oxford, 1994.

justificación moral de *a*), que vendría a suponer la prioridad de los valores liberales sobre los comunitarios. Si los derechos de una comunidad entran en colisión con los derechos individuales, entonces:

... no deberán ser considerados como derechos humanos aquellos derechos colectivos que violan o disminuyen los derechos individuales de sus miembros... Todo el aparato conceptual de los derechos humanos descansa sobre un imperativo moral: el valor intrínseco de la vida, la libertad y la dignidad del ser humano. En el logro de este imperativo tendrán que complementarse tanto los derechos individuales como los colectivos.⁷

Se equivoca el juez Gaviria, no sólo al minimizar los efectos degradantes del castigo corporal, a través de los “fuetazos”, sino al pretender justificar los mismos con una concepción comunitarista, que subordina los derechos individuales a un holismo colectivista. Como se puede apreciar, la resolución judicial se sustenta en una concepción teórica —con la que se puede estar de acuerdo o no—, pero finalmente la justificación es deudora de una argumentación filosófica, y el juez Gaviria no es ajeno al conocimiento de la misma.

III. LIBERALISMO LIBERTARIO O LIBERALISMO IGUALITARIO

Concluyo con un tercer ejemplo de conflicto entre dos concepciones filosóficas y las correspondientes argumentaciones en sede judicial. El 27 de agosto de 2007, y después de un crispado periodo, durante y posterior a las elecciones de 2006 en México, el Instituto Federal Electoral (IFE) entregó al Senado una serie de propuestas de reformas en materia electoral. El 12 de septiembre la cámara alta avaló el uso de los tiempos oficiales para difundir la propaganda de los partidos, vetando la contratación de espacios

⁷ Stavenhagen, Rodolfo, “Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales”, *Isonomía*, México, núm. 3, octubre 1995, p. 120.

comerciales por parte de los partidos políticos y los particulares, y facultando sólo al IFE para realizar la distribución de los espacios en medios de comunicación electrónicos. Las reformas tocaban directamente los intereses económicos del duopolio televisivo. Como era de esperarse, comenzaron a sucederse los amparos promovidos por varias organizaciones sociales y algunos ciudadanos en contra, puntualmente, de la adición al artículo 41 constitucional, fracción III, párrafo tercero, promulgada junto con otras reformas el 13 de noviembre de 2007. En ella se establece que, además de los partidos políticos:

Ninguna otra persona física o moral, sea a título propio o por cuenta de terceros, podrá contratar propaganda en radio y televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, ni a favor o en contra de partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular. Queda prohibida la transmisión en territorio nacional de este tipo de mensajes contratados en el extranjero.

En concreto el llamado “amparo de los intelectuales” contra los actos del H. Congreso de la Unión se sustenta en la violación a las garantías consagradas en los artículos 1o., 3o., 6o., 9o., 13, 133 y 135 constitucionales. Por supuesto, el más relevante es el artículo 6o. que consagra el derecho a la libertad de expresión. No deja de llamar la atención la reiterada alusión a una defensa del régimen “democrático deliberativo”, sin ofrecer una definición del mismo.

¿Qué interpretación se propone en el amparo sobre el derecho a la libertad de expresión? La formulación constitucional del artículo 6o. proyecta una:

Concepción negativa de la libertad que requiere o implica únicamente la inhibición del Estado, esto es, la no injerencia a través de intromisiones por parte de aquél, frente a la capacidad de las personas de expresar libremente su opinión; libertad de expresión que conectada con su ejercicio colectivo genera la opinión pública y, en última instancia, el derecho a la información.

Y agrega:

El Órgano Revisor de la Constitución trastocó y modificó los valores en que se apoya el régimen democrático deliberativo, pues que limitó el ejercicio del derecho a la libertad de expresión... impone a los quejosos la obligación inmediata de abstenerse de contratar espacios en los medios de comunicación masiva, radio y televisión...

Viola además el derecho a la libre asociación “pues se obliga a asociarse a un partido político para poder expresarse a través de los medios masivos de comunicación”.

Como sabemos, en sesión plenaria del 28 de marzo de 2011, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió desestimar el juicio de amparo promovido contra las reformas constitucionales de 2007. No entró al fondo del asunto.

Lo que me interesa resaltar para los propósitos de este capítulo es que el debate abierto en México en torno al conflicto entre los derechos a la libertad de expresión y a la equidad en las contiendas electorales, ambos consagrados en la Constitución, pone de manifiesto una tensión de fondo entre dos propuestas filosóficas distintas dentro de la misma familia liberal: o la versión libertaria que defiende a ultranza la libertad de expresión, o la versión igualitaria que busca garantizar la imparcialidad en la contienda democrática como condición *sine qua non* para el ejercicio político de la libertad ciudadana.

Para los libertarios existe algo así como una equiparación entre la libertad del mercado y la libre expresión de las ideas. Tal equiparación es una mera ilusión. Como sostiene Victoria Camps:

... el mercado real no es democrático. No hay igualdad de oportunidades en el mercado, como no la hay tampoco en ningún escenario imaginable para la libre expresión y confrontación de ideas. En el mundo que conocemos, sólo quienes tienen poder económico, tienen a su vez capacidad real para expresarse y dominar el universo mediático e incluso el político. ¿Quién ha he-

cho a Berlusconi varias veces presidente del gobierno italiano más que el poder mediático que él mismo ostenta?... El poder de utilizar ese derecho universal que es la libertad de expresión no está equitativamente repartido en la sociedad real. Hablar de un libre mercado de ideas es puro engaño.⁸

Para John Stuart Mill, uno de los defensores clásicos de la libertad de expresión, ésta no debía concebirse como un fin en sí mismo, como una suerte de valor absoluto, sino como un medio para mejorar a la sociedad. Así lo comprendió James Madison al señalar que la primera enmienda de la Constitución americana debía leerse dentro del conjunto de valores constitucionales y democráticos, y el mismo juez Louis Brandeis, que la entendió como un medio para mejorar la democracia. Ésta es la tesis central de pensadores contemporáneos como Cass Sunstein⁹ y Owen Fiss.¹⁰

Pienso con ellos, que en el marco de un Estado constitucional y democrático de derecho, la equidad electoral es una precondition necesaria, y por lo tanto, insoslayable, de la democracia. Asimilar la democracia al libre mercado de las ideas es condenarla al suicidio institucional. El problema reside en seguir considerando a la institución del mercado como algo bueno *per se*, algo que por su propio dinamismo en la medida en que se minimicen los factores de distorsión producirá las bondades requeridas por cualquier sociedad medianamente decente. Si, además, como afirman algunos economistas libertarios como Friederich Hayeck, el mercado es condición necesaria de la democracia y se acepta también la tendencia natural del mercado a su concentración, entonces el escenario se nos vuelve doblemente enfermizo.¹¹ Desde este pun-

⁸ Camps, Victoria (ed.), *Democracia sin ciudadanos. La construcción de ciudadanía en las democracias liberales*, Madrid, Trotta, 2010, pp. 155 y ss.

⁹ Sunstein, Cass, *Democracy and the Problem of Free Speech*, Nueva York, The Free Press, 1993.

¹⁰ Fiss, Owen, *The Irony of Free Speech*, Cambridge-London, Harvard University Press, 1996.

¹¹ Véase Garzón Valdés, Ernesto, *Instituciones suicidas*, México, Paidós-UNAM, 2000, pp. 63 y ss.

to de vista, por ejemplo, la reciente decisión de la Suprema Corte de Estados Unidos en el caso *Citizens United v. Federal Election Commission*, significa un claro retroceso que abona en la dirección de privilegiar al mercado y a los poderes fácticos por encima de la equidad electoral. Obama lo ha expresado impecablemente al referirse a esta decisión como “devastadora” ya que mina los cimientos de la propia democracia.¹² Veamos.

En una votación dividida, 5 *vs.* 4, los jueces conservadores-republicanos declararon que las corporaciones y los sindicatos tienen un derecho constitucional a gastar tanto como deseen en comerciales televisivos electorales, que específicamente apoyen a candidatos particulares o se dirijan contra ellos. Esta decisión resulta extraordinaria en Estados Unidos puesto que desde 1907 con la Ley Tillman las corporaciones, que sólo son personas ficticias creadas por el derecho, no tienen los mismos derechos consagrados por la primera enmienda en relación con la actividad política que sí tienen los individuos.

La Corte fue más allá de lo reclamado por *Citizens United*. Lo que esta corporación pidió es que se le exentara de la Ley de Reforma de Campañas Bipartitas sobre la base de que se proponía transmitir una película que “infamaba” a la candidata Hillary Clinton, únicamente en un canal de “pago por evento”. No se propuso impugnar la constitucionalidad de la ley. Los jueces Roberts, Alito, Kennedy, Scalia y Thomas decidieron por propia iniciativa que de todos modos querían declarar inconstitucional la ley: la LRCB infringía la primera enmienda. Con esta decisión, a juicio de autores como Ronald Dworkin, se abandonó el criterio de precedentes (Austin, 1990, y McConnell, 2003) y con ello, un siglo de historia y tradición democrática americanas.

De acuerdo con varios académicos e intelectuales, esta decisión de la Corte no encuentra soporte alguno en ninguna de las

¹² *Citizens United v. FEC (2010)*. Véase Dworkin, Ronald, “La decisión que amenaza la democracia”, trad. de Miguel Carbonell, *Isonomía*, México, núm. 35, octubre de 2011. Para un estudio integral de la sentencia con comentarios de Jacob Rowbottom y Samuel Isaacharoff, véase *Sentencias relevantes de cortes extranjeras*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2012.

teorías que subyacen como justificación a la primera enmienda. ¿Cuáles son estas teorías?

1. La necesidad de un *electorado informado*: la libertad de discurso político es una condición necesaria para una democracia efectiva. El juez Kennedy se apoya en esta teoría pero no da ninguna razón para suponer que permitiendo que las corporaciones ricas inunden con dinero las elecciones se produciría un público mejor informado. Más bien, hay razones para suponer que pasará lo contrario puesto que: *a)* las corporaciones no tienen ideas propias y sus anuncios promoverán las opiniones de sus directivos; *b)* la publicidad corporativa confundirá al público porque su volumen sugerirá que más personas que las que hay en realidad, apoyan las opiniones que expresan los anuncios; *c)* la publicidad confunde porque pretende ofrecer opiniones sobre el interés público, pero lo cierto es que los directivos están obligados a gastar los fondos corporativos sólo para promover los propios intereses financieros, que además podrían ser diferentes a los del interés público. Kennedy argumentó que el discurso no puede ser restringido sólo para igualar a los candidatos en cuanto a sus recursos financieros. Lo cierto es que no se trata de igualar por igualar a todos los candidatos, sino que como lo reconoce, por ejemplo, la Suprema Corte de Canadá: “Crear un campo de juego nivelado para aquellos que desean comprometerse en el discurso electoral permite a los votantes estar mejor informados; ninguna voz es abrumada por otra”. Los monopolios o duopolios resultan igualmente destructivos para el mercado de ideas. Para un liberal igualitario la equidad electoral se requiere para proteger la integridad del debate político, para hacer posible una robusta democracia deliberativa.

2. Una segunda teoría que justifica la primera enmienda destaca la importancia de la libre expresión no para educar al público a gran escala, sino para *proteger el estatus y el desarrollo moral de los ciudadanos en lo individual*, como iguales en el proceso político. En su voto disidente, el juez Stevens defiende esta postura contra el derecho al voto de las corporaciones: “el dinero no es discurso”.

La primera enmienda protege los intereses morales de individuos que sufrirán frustración e indignidad si fueran censurados. Sólo los seres humanos pueden experimentar estas sensaciones, las corporaciones, no. Ni siquiera los jueces más conservadores han sugerido que toda corporación debe tener una boleta electoral.

3. Por último, una tercera teoría justificaría la primera enmienda porque proteger la libertad de expresión contribuye a la *honestidad y transparencia del gobierno*. La decisión que adoptó la Corte en *Citizens United* podrá incentivar la corrupción incrementando agudamente la oportunidad de las corporaciones para tentar o intimidar a los congresistas, de cara a campañas de reelección.

De nueva cuenta, mi interés es llamar la atención sobre las diferencias entre dos argumentaciones distintas dentro de la misma familia liberal: libertarios *vs.* igualitarios. ¿Debe un juez conocer de filosofía moral y política? Sí. ¿Puede hacerlo? Sí, sin que esto último suponga, reitero, un conocimiento especializado y, por supuesto, sin pretender minimizar la importancia del debate, ni pretender eliminar el conflicto de manera definitiva.

Pienso que en el marco de un Estado constitucional, liberal e igualitario de derecho, la equidad electoral es una precondition “mínima”, pero insoslayable, de la democracia, que necesita ser garantizada por el máximo tribunal en un ejercicio sólidamente argumentado de ponderación.¹³ Es una prueba de fuego para

¹³ Existen antecedentes conocidos de tribunales límite, que han considerado inconstitucional una reforma constitucional. El ejemplo más citado es el de la Corte Constitucional de Alemania, que justifica su actuación en el mismo artículo 79 de la Ley Fundamental alemana, que en su fracción tercera establece la conocida “cláusula de intangibilidad”: “No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20” (*Southwest State case* (1951), *Article 117 case* (1953), *Klass case* (1970), *Electronic Eavesdropping case* (2004)); la Corte Constitucional de Italia declaró (sentencia n. 1146 de 1988) que “la Constitución italiana contiene algunos principios supremos que no pueden ser subvertidos o modificados en su contenido esencial ni siquiera por leyes de revisión constitucional o por otras leyes constitucionales”, principios entre

medir el talante de nuestros jueces si deciden entrar al fondo del problema.¹⁴ Nada más, ni nada menos; pero de ninguna manera se trata de asumir funciones de legislador puesto que el órgano judicial no tiene facultades “iniciativas” sino sólo “controladoras” (siempre resuelve conflictos); ni tampoco se trata de abrir las puertas al intuicionismo o al decisionismo judicial.

IV. DERECHOS HUMANOS Y “SALA DE MÁQUINAS” DE LA CONSTITUCIÓN***

En 2005, Roberto Gargarella publicó el libro *Fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*.¹⁵

los cuales se encuentran los derechos fundamentales; también deben citarse los fallos del máximo tribunal irlandés por lo que hace al control del procedimiento de reforma establecido en la misma Constitución (*State (Ryan) v. Lemmon* (1935), *Riordan v. An Taoiseach* (1999)), y paradigmáticamente, en nuestra línea de reflexión, los fallos de la Corte Suprema de la India, a partir del concepto de “estructura básica” de la Constitución (*Golak Nath v. State of Punjab* (1967), *Kesavananda Bharati v. State of Kerala* (1973), *Minera Mills Ltd. V. Union of India* (1980)).

¹⁴ Cuando digo “entrar al fondo del problema” me refiero, como bien ha sostenido Dworkin, a que: “Los jueces deben entender que los conceptos que utilizan en sus sentencias (responsabilidad, significado, intención, igualdad, libertad y democracia, por ejemplo) son conceptos *difíciles*, que estamos muy lejos de clarificar plenamente o de resolver del todo cuál es su mejor y más adecuada comprensión...”. De la misma manera que los jueces han comenzado a familiarizarse con la economía o la historia constitucional para ofrecer decisiones consistentemente argumentadas “no sería irrazonable esperar que los jueces y abogados por igual tuvieran cierta familiaridad con, al menos, las principales escuelas contemporáneas de la filosofía jurídica, moral y política, lo cual parece indispensable para obtener una apreciación adecuada de cualquier argumento filosófico sobre el que deban meditar”. Véase Dworkin, Ronald, “Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?”, *cit.*, pp. 25 y ss.

*** Texto leído en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, el 17 de febrero de 2015, en la presentación del libro de Roberto Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Madrid, Katz, 2014.

¹⁵ Gargarella, Roberto, *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*, Madrid, Siglo XXI, 2005.

Aunque constreñido al periodo señalado en el título, daba cuenta ya de varios modelos teóricos que le servirían para analizar el periodo, y que utilizaría posteriormente, hasta el libro que hoy comentamos. Los modelos son el conservador, el radical y el liberal. En ese libro, reservó para las conclusiones un cuarto modelo, el igualitario. Para los que, como era mi caso, teníamos un interés en tratar de comprender con cierta metodología la historia política y jurídica de nuestros países latinoamericanos, el libro nos resultó revelador, y apasionante. Si además, después de haber publicado *Las teorías de la justicia después de Rawls*¹⁶ —donde aparecía con gran consistencia y rigor su talante liberal igualitario en la exposición y crítica de las diversas teorías contemporáneas de la justicia— Gargarella criticaba los tres modelos desde tal concepción igualitaria, pues qué mejor. Es probable que, dada la organización del libro cuyo interés se centraba en la explicación de cada uno de los modelos, que a su vez, se acompañaban con unas “notas” ejemplificadoras sobre la historia constitucional en América —colocadas como anexos—, asomara cierto voluntarismo orientado hacia la justificación del modelo igualitario. Lo cierto es que *Fundamentos legales de la desigualdad* sería en algún sentido el antecedente del que hoy comentamos, y después de diez años de intensa investigación historiográfica y análisis empírico, ese posible asomo de voluntarismo ha cedido ante una elaborada, rigurosa y aterrizada teoría e historia constitucional de nuestra región.

Antes de decir unas palabras sobre el libro, no quiero dejar de mencionar un texto de nuestro autor, que se publicó en 2010, en la revista *Isonomía* y que tituló “Una maquinaria exhausta. Constitucionalismo y alienación legal en América”. Gargarella resumía su tesis central con las siguientes palabras:

Después de más de 200 años de vida del constitucionalismo moderno, entendido éste a partir de sus rasgos básicos —la adopción

¹⁶ Gargarella, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Barcelona, Paidós, 1999.

de una declaración de derechos y de un sistema de “frenos y contrapesos”— no puede decirse del mismo que su funcionamiento haya sido exitoso, particularmente en una mayoría de países de América... Según entiendo, la gravedad de las deficiencias institucionales en juego nos obligan a dejar de lado la idea según la cual lo que se requiere es “perfeccionar” o “pulir” algunos aspectos de dicho esquema... existe urgencia por repensar la causa de lo que es, en definitiva, un fracaso institucional con consecuencias ya trágicas.¹⁷

La verdad es que el texto me desconcertó un poco con tal planteamiento escépticamente realista. Contrastaba de algún modo con la imagen que me había hecho de su libro anterior en la que parecía viable un rediseño constitucional desde un enfoque igualitario. Ahora no se trataba de “perfeccionar” o “pulir”, sino de “asumir un fracaso”, y en términos de Hart diríamos que ya era hora de modificar la regla de reconocimiento del constitucionalismo americano.

Cuando empecé a leer *La sala de máquinas de la Constitución*, después del prefacio salté heterodoxamente al último capítulo: “¿Qué hemos aprendido de dos siglos de constitucionalismo? Por un constitucionalismo igualitario”. No me encontré con un Gargarella tan fatalista, pero sí desencantado; no un demolidor de la construcción, pero sí un ingeniero de máquinas dispuesto a construir las bases de un “nuevo paradigma”, en el sentido que da Kuhn a esos términos, es decir, ante la existencia de anomalías ingobernables que ponen en crisis todo el sistema, se requiere de una nueva plataforma común de contenidos conceptuales y actitudes sociales que, al menos en buena parte, resulta incompatible con el paradigma anterior.

Comenzaré por decir que en este libro podemos apreciar en toda su dimensión una concepción del derecho, y específicamente del derecho constitucional comparado, que se nutre de las virtudes propias de otras disciplinas como la historia, la sociología,

¹⁷ Gargarella, Roberto, “Una maquinaria exhausta. Constitucionalismo y alienación legal en América”, *Isonomía*, México, núm. 33, octubre de 2010.

la política y la filosofía. No creo traicionar el espíritu del libro si digo que el derecho es entendido como una subdisciplina de la ciencia social, comprendido interdisciplinariamente, e incorporando una dimensión normativa de orden ético-político. Creo que lo que hace Gargarella por el Derecho en este libro es lo que, por ejemplo, ha hecho Piketty, con la Economía, en su libro *El capitalismo en el siglo XXI*:¹⁸ comprenderla en su dimensión interdisciplinaria y práctica. Dice Piketty que es hora de que la Economía supere su pasión infantil por las matemáticas y por la especulación puramente teórica, que deviene en ideológica. Creo que es hora de que el Derecho supere su pasión infantil por el positivismo formalista y la pretendida neutralidad axiológica, que también deviene en ideológica. Creo que esta pretensión late a lo largo del libro de Gargarella.

También Gargarella y Piketty, y aquí agregaría al historiador, recientemente fallecido, Tony Judt,¹⁹ toman como punto de partida de sus análisis el problema de la desigualdad: “El gran drama que enfrenta la región, desde su independencia hasta hoy —dice Gargarella—, y que sigue irresuelto, es el drama de la desigualdad”. Este es el hilo conductor de todo el libro, como lo es también para Piketty, quien equipara la desigualdad actual con el mayor pico de desigualdad en la historia de occidente durante el periodo comprendido en la llamada *Belle Époque*, de fines del siglo XIX y principios del XX, con una tendencia creciente de cara al futuro, y lo es también para Judt, para quien las décadas comprendidas entre 1980 y 2010, y lo que llevamos, “han echado por la borda los logros paulatinos de un estado social que significaron una reducción significativa de la desigualdad”. El libro de Gargarella debe leerse a la luz del problema de la desigualdad en una región donde se encuentran 10 de los 15 países más desiguales del mundo.

Ahora bien, al mismo tiempo que se carga con el lastre de la desigualdad, los independentistas americanos desde principios

¹⁸ Piketty, Thomas, *op. cit.*

¹⁹ Véase Judt, Tony, *op. cit.*

del siglo XIX, como muestra Gargarella: “proclamaron un fuerte ideal de igualdad” que incluía dos expresiones principales: el autogobierno colectivo y la autonomía individual. Ambos ideales, sin embargo, se vieron inmediatamente “deshonrados después de la revolución”. En una matriz que puede construirse con esas dos variables, y por lo tanto, con cuatro cuadrantes, en uno de ellos colocaríamos a los *conservadores* que rechazan la demanda de autogobierno y menosprecian el reclamo por mayores niveles de autonomía personal, abriendo así las puertas al perfeccionismo moral; en otro cuadrante, los *radicales* defienden el ideal de autogobierno pero al costo de abandonar el ideal de autonomía individual sometiéndola a las “apetencias de la mayoría”, y finalmente, en un tercer cuadrante, los *liberales*, en las antípodas del radicalismo, protegen la autonomía individual, pero al costo de sacrificar el ideal de autogobierno colectivo a través de la implementación de instituciones contramayoritarias.

A diferencia de los liberales y de los conservadores, los representantes del radicalismo prácticamente estuvieron ausentes de las mesas de discusión sobre cómo organizar las nuevas instituciones. Quizá por ello en la historiografía latinoamericana el análisis del radicalismo ha sido siempre marginal. Un gran mérito, a mi juicio, del libro de Gargarella es sacar a la luz a ese “fantasma radical” siempre presente en cada momento de la historia constitucional latinoamericana. Gargarella no oculta sus simpatías por el radicalismo y su vocación igualitaria, pese a su claro déficit en términos del principio de autonomía individual. Precisamente dada esa simpatía, y frente al desarrollo del populismo en América Latina, sería interesante conocer qué semejanzas y qué diferencias encuentra nuestro autor entre su propuesta igualitaria y los populismos que afloran en la región, especialmente aquellos populismos que deliberadamente promueven la incorporación de los excluidos, con agendas redistributivas, y usan el antagonismo con sus oponentes más como una estrategia que como un punto de fractura irreconciliable.

Queda un cuarto cuadrante: una fuerza que defendiera a la vez el ideal de autogobierno y el ideal de autonomía individual.

Esa casilla, que corresponde al igualitarismo, está ausente de la historia constitucional de América Latina. En palabras de Rodrigo Uprimny, se trataría de lograr “una fuerte protección judicial de los derechos junto con una participación y una deliberación democrática contundentes. Y eso no es imposible, pero es difícil”.²⁰ Este es el reto, ni más ni menos, lo que Gargarella llama “el largo camino hacia el igualitarismo”, título del apartado con el que cierra su libro. Regresaré sobre este punto enseguida y sumaré a estas páginas las conclusiones de sus *Fundamentos legales de la desigualdad*, para unos comentarios finales.

A partir de las dos variables, y de los tres modelos señalados, Gargarella organiza los 200 años de constitucionalismo en América Latina, en cinco periodos: el primero, de 1810 hasta 1850, el segundo hasta 1890, el tercero hasta 1930, el cuarto hasta 1980, y el quinto hasta 2010 y lo que llevamos de esta década. Hay dos periodos que resultan relevantes: el segundo periodo, de 1850 a 1890, que corresponde al constitucionalismo de fusión entre liberales y conservadores, y el cuarto periodo, de 1930 a 1980, que corresponde al pacto ampliado o ecuménico, que incorpora a los radicales.

Gargarella se siente a sus anchas en los capítulos dedicados al segundo periodo, no porque comparta el modelo teórico de fusión entre liberales y conservadores, por el contrario, como era de esperarse, se muestra severamente crítico, sino porque los creadores de tal modelo comprendieron que el diseño de la sala de máquinas de la Constitución debía corresponder a la parte dogmática de la misma, que contiene los derechos humanos:

El pacto liberal-conservador forjó, desde entonces, la matriz básica del constitucionalismo latinoamericano, que sintetizaremos en la fórmula alberdiana de *libertades políticas restringidas y libertades civiles (económicas) amplias*. Este modelo, ya sabemos, apareció como la expresión de una concepción de la democracia muy estrecha,

²⁰ Uprimny, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, en Rodríguez Garavito, César (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2011, p. 33.

que pensaba a la ciudadanía en términos de su *asentimiento indeliberado a la autoridad política*. La estructura institucional básica que se organizó, entonces, a partir de tales criterios resultó, por un lado, tremendamente exitosa. Ello así, al menos, considerando tanto la extraordinaria difusión alcanzada por dicho proyecto constitucional, como por la estabilidad lograda por el mismo: finalmente, y luego de 150 años de su nacimiento, la estructura constitucional de la región sigue mostrándose estrechamente vinculada con tal proyecto fundacional.²¹

Esta fusión liberal-conservador constituye el gran paradigma del constitucionalismo latinoamericano. Pero hay otro periodo que ocupa la atención central de Roberto, y es el que corresponde al cuarto periodo de los cinco señalados, el que comprende de 1930 a 1980, que constituye lo que el autor llama “el pacto constitucional ampliado”. A la vieja matriz liberal-conservadora se añadía ahora los reclamos de la “cuestión social”, incorporando la pretensión del radicalismo. Y es esta incorporación la que generó una tensión interna en las Constituciones, de alguna forma irresoluble. Cito a Gargarella:

Para decirlo brevemente, se reservaba para la vieja alianza liberal conservadora el control de la “sala de máquinas” de la Constitución, mientras que se delegaba a los grupos más radicales el trabajo sobre la sección de los derechos. El resultado de esta distribución de tareas fue el crecimiento de Constituciones en fuerte tensión interna (en donde una parte de la Constitución se constituía en principal amenaza para la otra), y el mantenimiento de una estructura de poder todavía muy impermeable a las crecientes demandas sociales provenientes desde la sociedad civil —lo que aseguraba el surgimiento de más tensiones entre ciudadanía y Constitución—... lo que quedó fue un “nuevo” modelo constitucional, caracterizado por robustas declaraciones de derechos y una organización del poder todavía altamente concentrada.²²

²¹ Gargarella, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución*, cit., p. 350.

²² *Ibidem*, p. 353.

Tal tensión constituye una verdadera anomalía que al paso de los años se fue acentuando. Si bien desde los años ochenta es notoria la incorporación de demandas de grupos tradicionalmente marginados, traducidas en derechos — pensemos solamente en las demandas de los grupos indígenas en nuestra región— esa explosión de derechos no se acompañó de un ajuste en la sala de máquinas, y más bien reafirmó su vocación jerárquica, verticalista, y contramayoritaria: mayor concentración de poder en el Ejecutivo con posibilidades de reelección, protagonismo del Senado, y esa paradoja de la que ya daba cuenta Carlos Nino, a saber, a mayor proliferación de derechos mayor poder y control judicial. Desde este punto de vista, el llamado “nuevo constitucionalismo” del último periodo, de 1980 hasta nuestros días, tiene poco de nuevo, y más bien vino a reforzar una tensión que, como decía Gargarella en aquel texto de 2010 al que ya me referí, ha hecho que la maquinaria quede exhausta. Pero entonces, ¿es posible llenar ese casillero ausente que correspondería a un constitucionalismo igualitario? ¿Deberíamos más bien postularlo como un ideal aspiracional? Es difícil, como decía Uprimny, pero no imposible. Y creo que Gargarella a lo largo de muchos escritos ha ido delineando una carta de navegación que él mismo ha sintetizado y que comentaré brevemente.

1. En primer lugar, de lo que se trata es de reinstalar la dimensión igualitaria en términos de un mayor involucramiento ciudadano en la discusión pública. En otros términos, reivindicar una democracia deliberativa y distinguirla claramente de la democracia como mercado o de la democracia pluralista, estas últimas privilegiando preferencias autointeresadas a través del voto o de la negociación, a diferencia de la primera, que privilegia el ejercicio argumentativo a través de preferencias imparciales.²³ Es lo que con persistente reiteración ha defendido Gargarella como el “valor epistémico de la democracia”: la verdad moral, contra toda forma de elitismo y dogmatismo, es un constructo producto

²³ Véase Martí, José Luis, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006, pp. 41 y ss.

del diálogo incluyente, no del monólogo excluyente. Si no entendido mal a Roberto, no se trataría de reivindicar la deliberación a costa del voto o de la negociación, más bien el ejercicio deliberativo debería ser la condición de posibilidad del sufragio y de la negociación: una deliberación *ex ante*, no *ex post*. Por supuesto, y anticipándose a las críticas, la democracia deliberativa tiene sus límites. Cito a Gargarella:

Límites en cuanto a la frecuencia de las decisiones colectivas que se proponen (existen razones de principio y de conveniencia para que tales decisiones se encuentran separadas por periodos de “reposo”); en cuanto al objeto de las mismas (no es necesario controlar colectivamente todos los problemas de interés público, sino sólo los más importantes); en cuanto a los sujetos o participantes en dichas decisiones (los “principales afectados” pueden ser, exclusivamente, y por ejemplo, sólo los miembros de una pequeña localidad); y en cuanto a la modalidad de tales decisiones (no todos los procedimientos colectivos de toma de decisiones son igualmente defendibles).²⁴

2. En segundo lugar, con respecto a los derechos humanos, el compromiso con la autonomía individual no se agota con el “dejar hacer”, sino que además requiere de un activo respaldo al “poder hacer” de los individuos. No se trata de desarticular el poder público en aras de una protección a ultranza de los derechos individuales. En situaciones de fuertes desigualdades los individuos y grupos desaventajados quedan totalmente desprotegidos y a merced de los mejor situados. El igualitarismo entiende que el *ejercicio* de la autonomía individual requiere en primer lugar de la *formación* de esa autonomía, por lo tanto, de una participación activa del Estado en la protección y satisfacción de las necesidades básicas. La justificación última de tal participación activa por parte del Estado descansa en la convicción igualitaria de que la vida de las personas depende de las decisiones de las que éstas sean responsables, y no, como dijera Rawls, de la “lotería

²⁴ Gargarella, Roberto, *Los fundamentos legales de la desigualdad*, cit., p. 268.

natural”. Ahora bien, el límite de tal participación será siempre para un liberal, el ámbito de la vida privada, porque, en la mejor escuela de Mill, para Gargarella “nadie es mejor juez de sus preferencias, que uno mismo”, siempre que éstas no violen derechos de terceros. Así entendida, el perímetro de la vida privada se extiende hasta el ámbito de la sociedad civil y su límite es la no utilización del Estado.

Bajo tal concepción igualitaria de la autonomía individual la vieja dualidad irreconciliable entre libertad negativa y libertad positiva se presenta como un binomio simplificador de una realidad más unitaria y compleja entre derechos civiles y políticos, y derechos sociales. Existe entre ambos una influencia recíproca y convivencia continua que, creo, neutraliza cualquier pretensión de apropiación de los derechos, bien sea por la izquierda o por la derecha.²⁵ Se trataría, entonces, no sé si Roberto esté de acuerdo, de desideologizar los derechos. Es verdad, como decía, que las demandas de los grupos tradicionalmente marginados o invisibilizados se han traducido en una explosión de derechos que, como era de esperarse, se atrincheraron y resguardaron en el texto constitucional. Esto ha llevado a algunos críticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano a referirse sobre estas Constituciones como “Constituciones poéticas”, o en el mejor de los casos, como expresiones de buenos deseos, pero a esto han respondido Gargarella y Christian Courtis que tales juicios resultan exagerados, e incluso algunos de ellos, errados:

Dicha crítica no advierte que en algunos países como Colombia o, más recientemente, Argentina, —decían Gargarella y Courtis en 2009— estos textos tan exigentes y llenos de derechos no se han convertido en “pura poesía”. Por supuesto, la distancia que separa a las aspiraciones y exigencias de estos textos de las realidades hoy existentes en países como los citados, es abrumadora. Sin embargo, también es cierto que, en buena medida gracias al estatus constitucional que se le ha asignado a algunos reclamos,

²⁵ Véase *supra*, capítulo quinto.

muchas personas de carne y hueso resultaron reivindicadas en sus demandas por derechos.²⁶

Si algún cambio significativo encuentra Gargarella en el nuevo constitucionalismo, y que debe ser reconocido, es precisamente la incorporación de derechos sociales y culturales, notoriamente los correspondientes a los pueblos indígenas, en Constituciones como la de Ecuador de 2008 y Bolivia de 2009. Aún los tan debatidos derechos de la naturaleza y al “buen vivir”, presentes en estas Constituciones, deben ser entendidos a la luz de la mejor interpretación posible, a saber, poner límites a la mercantilización ilimitada de la naturaleza y afirmar valores que trasciendan el criterio costo-beneficio.

3. Finalmente, por lo que se refiere a la “sala de máquinas” la propuesta igualitaria debe corresponder con el reforzamiento de los derechos y el principio de autogobierno. En sus *Fundamentos legales de la desigualdad* se enuncian una serie de propuestas, que sintetizo en las siguientes: *a)* la defensa de las formas directas de la democracia y los sistemas representativos como “males necesarios”; *b)* el fortalecimiento de la rama más popular —el poder legislativo— y, por lo tanto el rechazo de toda forma de hiperpresidencialismo tan proclive en nuestra región; *c)* el rechazo del protagonismo del Senado que no se ha limitado, exclusivamente, a la evaluación de las normas vinculadas con los asuntos federales, sino a todo tipo de normas; *d)* la crítica al sistema de revisión judicial de constitucionalidad que permite al Poder Judicial conservar “la última palabra” con respecto a las discusiones constitucionales más importantes; *e)* la comprensión de que la vida política de la comunidad no se agota en las relaciones entre los órganos políticos —debate inter-poderes— sino que se extiende a las prácticas políticas extra-parlamentarias honrando así los

²⁶ Gargarella, Roberto y Courtis, Christian, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogante”, documento preparado para CEPAL/Asdi (Serie Políticas Sociales, 153), Santiago de Chile, noviembre de 2009, p. 32.

principios de pluralidad e inclusión; f) la defensa de los derechos humanos no se limitaría a los derechos negativos sino también a los positivos, y la violación de los mismos no se daría sólo por “acciones”, sino también por “omisiones”, por ejemplo, al no asegurarles a los grupos menos aventajados la satisfacción de sus necesidades básicas.

Cada una de estas propuestas merecería una larga discusión. Gargarella está consciente que no todos los mecanismos de democracia directa hacen justicia al proceso deliberativo. Con razón se preguntaba Nino qué puede tener de deliberativo responder con un *sí* o un *no* en las papeletas. Por otra parte, ¿cómo deben procesarse las iniciativas o las consultas populares para garantizar su eficacia y legitimidad? Asimismo, es verdad que el sistema de frenos y contrapesos tiende a opacar al órgano mayoritario por excelencia, reforzando la participación de los órganos contramayoritarios, pero también es cierto que no pocos estudiosos preocupados por los problemas de gobernabilidad y estabilidad de nuestra región han propuesto alternativas más reformistas que han suavizado la actividad de tales órganos para hacer más efectivo el sistema frenos y contrapesos. Ese adelgazamiento responde a una mayor deferencia hacia el legislativo: más control parlamentario del Ejecutivo, más colaboración interparlamentaria entre las cámaras con una representatividad más plural, y un Poder Judicial, que es verdad, se encuentra en un proceso de aprendizaje tanto por lo que hace a la incorporación de la normatividad internacional de los derechos humanos en pie de igualdad con nuestras Constituciones, como por las demandas sociales que exigen sistemas de impartición de justicia más al alcance de las necesidades ciudadanas: control difuso, tutela, acciones colectivas, sistema penal acusatorio, etcétera.

Unas palabras sobre el Poder Judicial. Sigo pensando que la independencia de los jueces y el control judicial de constitucionalidad son una condición necesaria, no suficiente, para la existencia y consolidación de un Estado de derecho. Pero creo también, que lejos de un reforzamiento elitista y monológico de su

actividad, la justificación última de la misma tiene que ver con la protección y reforzamiento de la deliberación democrática. Los “jueces para la democracia” deben salvaguardar las condiciones *a priori* de posibilidad del discurso democrático, no sólo por lo que tiene que ver con sus condiciones formales sino también con sus precondiciones sustantivas: el principio de no discriminación para garantizar la paridad en el discurso, la protección de la autonomía personal en su ámbito privado que evite, como quería Nino, cualquier tipo de injerencia perfeccionista, y la salvaguarda de los mínimos necesarios para el ejercicio de la propia autonomía personal, sobre los que opera una consideración de “urgencia”,²⁷ que no puede quedar sujeta a criterios mayoritarios en detrimento posible de los grupos menos aventajados. Más allá de esas condiciones y de esos mínimos, y en un proceso gradual que evita la paradoja de las precondiciones, cabe y es deseable el experimentalismo judicial que exige una gran deferencia del Poder Judicial hacia el Poder Legislativo.²⁸

Regreso a los párrafos iniciales de este apartado. Comparto el desencanto de Gargarella y la necesidad de hacerle un servicio mayor a la sala de máquinas de nuestras Constituciones, pero ¿en verdad nos encontramos en la antesala de un nuevo paradigma

²⁷ Véase *supra* capítulo sexto, nota 29.

²⁸ Véase *supra* capítulo sexto, nota 31. El caso *Vervitsky* (Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 3 de mayo de 2005) es un buen ejemplo de actuación conjunta del Poder Judicial y la administración pública para “garantizar la eficiencia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados”. Con el fin de hacer valer el mandato constitucional (artículo 18, sobre las condiciones carcelarias) la Corte Suprema de Justicia ordenó al estado provincial de Buenos Aires que adecuara (orden de adecuación) la política carcelaria actual a los marcos constitucionales: al Poder Legislativo, que sancione una ley que tienda a reducir la cantidad de presos con prisión preventiva; al Poder Judicial provincial, que instrumentara las medidas necesarias para que los jueces se limitaran a aplicar la prisión preventiva exclusivamente en los casos en los que no fuera posible evitarla, y al Poder Ejecutivo, que implementara una mesa de diálogo con la demandante, en este caso una ONG de derechos humanos, y con aquellas organizaciones que presentaron *amicus curiae* para que juntos acuerden una política carcelaria que se acomode al mandato constitucional.

constitucional? Creo que me falta más imaginación para pensar en la construcción de un nuevo diseño constitucional. Mi excusa es que no soy constitucionalista, ni historiador de las Constituciones, pero como decía un filósofo del derecho español con quien Gargarella, Félix Ovejero y José Rubio Carracedo, mantuvieron una polémica muy enriquecedora, esa falta de imaginación es compartida por otros teóricos de la democracia deliberativa y del republicanismo con mayor empaque, me refiero a Habermas, Pettit y al propio Nino. Habermas en su libro *Facticidad y validez* “no toca ni una tilde de las instituciones alemanas tal y como están diseñadas hoy”; de igual manera Pettit en el capítulo sexto de su libro *Republicanismo*, “habla de instituciones tan viejas y venerables, como el *Rule of Law*, la bicameralidad o el federalismo, como si se tratara de territorios inexplorados o indiscutibles”, y Nino, sin duda más innovador, en el capítulo sexto de su libro *La constitución de la democracia deliberativa*, presenta más dudas y vacilaciones que novedades institucionales.²⁹ Es verdad que estos libros fueron escritos en los noventa y ha corrido mucha historia desde entonces, que por cierto no invita a ser nada optimista, y menos en nuestra región. Quizás, hoy por hoy, Gargarella tenga razón, y al cabo de 200 años se requiera un ajuste completo de motor a nuestra máquina constitucional.

²⁹ Véase Laporta, Francisco, “Los problemas de la democracia deliberativa”, *cit.*