

DEBATES ACTUALES SOBRE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DEMOCRACIA: UNA CONVERSACIÓN ENTRE LOS PROFESORES ROBERTO GARGARELLA Y JEREMY WALDRON*

Roberto Gargarella: Gracias a los organizadores y organizadoras, y al Profesor Waldron por aceptar la invitación. Para mí es un gran honor estar aquí y hablar con usted. De alguna manera, siento que estoy representando a mi región, porque su trabajo ha sido muy influyente allá y hemos estado debatiendo y pensando en sus libros y artículos durante muchos años.

Quiero presentar una teoría en la que estoy trabajando, llamada “el derecho como una conversación entre iguales”. Esta teoría fue desarrollada en diálogo con varios autores y autoras y, desde ya, probablemente el más prominente sea Jeremy Waldron. Si bien, como muchos otros, estoy de acuerdo en la mayoría de las cosas que ha dicho al criticar el control judicial de constitucionalidad, también tengo algunas diferencias.

La teoría posee tres características: I) tiene un núcleo mayoritarista, II) tiene un componente deliberativo y III) tiene una preocupación por la inclusión. He trabajado estos temas por más de 30 años y considero que mis ideas han ido evolucionando en diálogo, desde la periferia, con lo que se ha producido en el “centro”, en el ámbito angloamericano. Quisiera hacer un breve comentario sobre esa evolución, porque dice algo sobre cómo se desarrolló la discusión sobre el control judicial de constitucionalidad. Presentaré la evolución de esa discusión, en vínculo con la evolución de mi propia postura sobre la materia, en tres etapas.

Detrás del devenir que voy a describir podrá encontrarse siempre, latiendo, una preocupación acerca de la democracia, una sospecha vinculada con lo que Roberto Unger llamó (en un texto que fuera citado por el Profesor Waldron en su libro *Law and Disagreement*) “el pequeño y sucio secreto de la jurisprudencia contemporánea”. El “secreto” es que el Derecho, desde su nacimiento, tendió a llevarse mal con la democracia y mostró una incomodidad frente a ella. Mi trabajo tiene que ver con el estudio de ese malestar.

*Actividad realizada el 31/10/2019 en la Universidad de Nueva York (NYU) y organizada por estudiantes de posgrado, en su mayoría, de América Latina. Alma Diamond, estudiante del J.D.S. en la misma universidad, estuvo a cargo de la moderación. Traducción de *Lecciones y Ensayos*. Jeremy Waldron es profesor en NYU, donde enseña filosofía del derecho y política. Estudió en la Universidad de Otago, Nueva Zelanda, donde se graduó con un *Bachelor of Arts* y un *Bachelor of Laws* y es Doctor en Filosofía del Derecho por la Universidad de Oxford. Roberto Gargarella es abogado y sociólogo de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y Doctor en Derecho por la misma universidad. Tiene un J.S.D. en la Universidad de Chicago, así como un LL.M. de esa misma universidad y otro máster en FLACSO. Además, es profesor de teoría constitucional y filosofía política en la Universidad Torcuato Di Tella y de derecho constitucional en la UBA.

**Agradecemos especialmente a los Consejos de Redacción de *Lecciones y Ensayos*, que se han dedicado diligentemente a la traducción del debate desde 2019.

Comienzo entonces por la primera etapa. Mi enfoque inicial sobre este asunto —sobre el cual publiqué un libro, en 1991— tuvo que ver con una crítica muy dura al control judicial de constitucionalidad, basada en la adopción de una muy fuerte visión mayoritarista. En aquel momento, me encontraba trabajando junto con Carlos Nino y estaba muy influido por el trabajo de algunos académicos y académicas pertenecientes a la teoría crítica y por juristas como Bruce Ackerman. Estaba fascinado por algunas discusiones que habían tenido lugar en el período revolucionario de los Estados Unidos. En particular, me sentía atraído por la Constitución de Pennsylvania de 1776, que es para mí un ejemplo excelente de lo que —asumo— fue un abordaje mayoritarista del Derecho. La experiencia de Pennsylvania, entre otras, demostraba que ya entonces era posible preocuparse por los derechos, por el Estado de Derecho [*Rule of Law*] y, al mismo tiempo, hacerlo sin abandonar un compromiso mayoritarista. En ese sentido, procuré realizar una crítica al control judicial de constitucionalidad, que pretendía ser respetuosa del Estado de Derecho [*Rule of Law*] sin vaciarla de contenido democrático. Intenté defender esa postura mayoritarista manteniendo, al mismo tiempo, la preocupación por los derechos.

En aquel tiempo, estaba deslumbrado por ese tipo de ejemplos y autores y autoras, y justo después —desafortunadamente, ya había escrito mi libro sobre esta temática— en 1993 conocí *A Right-Based Critique [of Constitutional Rights]* y luego, claro, su trabajo *Law and Disagreement*. En aquel momento, muchos de nosotros y nosotras, en distintos países —y lamento decirlo de forma tan genérica—, compartíamos con usted una fuerte crítica al control judicial de constitucionalidad. Por ejemplo, en el mismo momento en el que usted [Waldron] publicó *Law and Disagreement*, Mark Tushnet estaba trabajando en su libro *Taking The Constitution Away From The Courts*. Quiero decir, muchos de nosotros y nosotras, desde distintos lugares y más o menos al mismo tiempo, asumimos una dura crítica al control judicial de constitucionalidad, formulada en términos similares a los presentados por usted. Usted [Waldron], en todo caso, presentó dicha crítica en su mejor forma, al hacerlo de la mano de una reivindicación del principio de igualdad, mostrando una firme preocupación por los derechos, defendiendo a la participación política como el derecho de los derechos. Coincidimos con usted en, y retomamos de usted, sus fuertes afirmaciones sobre el carácter ofensivo (y hasta insultante) del control judicial de constitucionalidad. En lo personal, tiendo a estar de acuerdo con usted en todos esos aspectos, así como también en su abordaje de lo referido a la dignidad de la legislación. En aquel momento, muchos de nosotros y nosotras —desde la periferia— compartimos esa fuerte crítica contra el control judicial de constitucionalidad. En mi caso, basándome en una muy fuerte postura democrática mayoritarista.

Paso entonces, y conforme anticipara, a la segunda etapa del debate. En este segundo período, mis estudios sobre el control judicial aparecieron más directamente impactados por otras cuestiones teóricas, en particular, con las relacionadas con la teoría de la democracia, y —más específicamente— con la concepción deliberativa de la democracia. En ese momento, claramente, yo estaba muy influido por el trabajo de Carlos Nino —con quien he trabajado diez años. De esa etapa de trabajo recuerdo, en particular, el modo en que me impactaron decisiones como la del caso “Grootboom”¹ en Sudáfrica. Dicha decisión demostraba que era posible que las cortes intervinieran en cuestiones sobre derechos básicos y fundamentales de personas vulnerables, y que lo hicieran de una forma capaz de honrar el compromiso con una concepción fuerte de democracia. Muchos de nosotros y nosotras nos sentimos atraídos por esta posibilidad. Sólo como nota al pie, mencionaré que el Profesor [Cass] Sunstein, que fue mi supervisor en Chicago, escribió (¡él escribió muchas cosas!), en 1993, un artículo llamado *Against Positive Rights* —en el que mostraba su oposición a la judicialización de los derechos sociales— y luego, en el año en que apareció la sentencia “Grootboom”, escribió un nuevo artículo en el que se retractó de lo que había dicho anteriormente. En su nuevo trabajo, él sostuvo que con la sentencia “Grootboom” aprendíamos algo nuevo, importante, esto es, que la Corte puede tener una intervención activa en el cumplimiento [*enforcement*] de los derechos sociales, de un modo totalmente consistente con la democracia. Y yo agregaría, de modo consistente con la democracia deliberativa.

Desde ya, antes de “Grootboom” hubo otros fallos interesantes, orientados en una dirección similar, particularmente (para el caso de América Latina) desde la Corte Constitucional de Colombia. Luego —y este fue un fallo que me sorprendió mucho— se dictó una sentencia en Argentina —en el caso “Mendoza”— que ofreció una respuesta interesante, del mismo estilo, frente al problema.²

No quiero sonar parroquial ni localista, pero agregaría algún comentario adicional sobre el caso “Mendoza”, de mi país, porque aprendí mucho a partir de ese caso. No sé si ustedes están familiarizados con él, pero el caso “Mendoza” trataba el problema de un río contaminado (el Riachuelo, que baña las costas de Buenos Aires), que afectaba con su polución a más de un millón de personas —esto es lo que llamamos un caso de litigio estructural. Todas las autoridades nacionales, locales y provinciales estaban involucradas. Había mucha gente afectada y muchas personas en situación de vulnerabilidad. Y la Corte —a mi parecer por

1. Constitutional Court of South Africa, “Grootboom”, 04/11/2000.

2. CSJN, “Mendoza”, 08/07/2008.

razones finalmente inatractivas, vinculadas con la pretensión de recuperar legitimidad— abrió un amplio proceso de audiencias públicas, sostenido en el tiempo. Desde el tribunal se llamó entonces a los y las representantes de los distintos poderes del Estado, a los y las representantes de las empresas que habían estado contaminando el río, a representantes de los grupos vulnerables. La decisión resultó, al menos en un principio, fantástica, y hay numerosas razones para afirmar esto. La Corte puso en marcha estas audiencias públicas en un caso frente al cual la política tradicional no quería intervenir —básicamente, porque algunos dirigentes tenían acuerdos o negocios con estas empresas. Del mismo modo, diversos estamentos de la justicia se habían abstenido de decidir en el caso diciendo (algo así como): “Hay razones democráticas por las cuales no podemos interferir. Se requiere una reasignación del presupuesto, y nosotros y nosotras no tenemos ni la legitimidad democrática ni las habilidades técnicas para llevarla a cabo”.

Esas respuestas no eran las que pedíamos muchos de nosotros y nosotras. Durante mucho tiempo, habíamos estado abogando por lo que llamamos un enfoque más dialógico de estos casos, creyendo que se podían hacer muchas cosas con eso. En la Argentina, sin embargo, la comunidad jurídica trataba a Nino (principal representante de ese enfoque deliberativo en el país) como un lunático: “Usted no entiende nada, está loco. Usted es un filósofo, vuelva a su lugar”. De repente, sin embargo, la Corte tomó una decisión justamente en esa línea, usando a Nino como una de sus referencias teóricas. ¡Y la decisión resultó, en todo sentido, un completo éxito! Me refiero a que la decisión resultó totalmente atractiva para los movimientos sociales y políticos, para las autoridades políticas, y para las personas en general. La comunidad jurídica dijo: “¡Oh! esto era posible”. Era posible llamar a una audiencia pública, convocar a diferentes sectores de la comunidad, reunir a las autoridades políticas, para iniciar de ese modo un proceso que resultaba totalmente respetuoso de la dignidad democrática de la legislación. La Corte determinó: “Los poderes políticos son los que finalmente deben tomar la decisión sobre el caso, y nosotros y nosotras vamos a asegurar que efectivamente la tomen. Controlaremos su elaboración y creación, pero el fondo de la cuestión será decidido por los poderes políticos. Así que traigan el plan y lo discutiremos, y ustedes —representantes políticos— determinarán finalmente qué hacer de acuerdo con el presupuesto con el que cuenten y las posibilidades que tengan a su alcance”. Un resultado de este tipo fue, para muchos de nosotros y nosotras, espectacular.

Por distintas razones, la decisión no evolucionó de la mejor manera (el río se encuentra hoy más limpio, la atención sanitaria ha mejorado, aunque la contaminación sigue), pero se trató (se trata todavía) de un ejemplo increíblemente importante. Por lo tanto, de la misma

manera en que “Grootboom” hizo una diferencia en la comunidad jurídica internacional, para muchos de nosotros nosotras en la Argentina, el caso “Mendoza” también resultó decisivo. Este tipo de ejemplos estaban demostrando que era posible lidiar con casos difíciles a través de la intervención judicial y sin afectar a la democracia. No sólo eso, sino ayudándola y ayudando también a la democracia deliberativa.

Nos encontrábamos en ese estado, desde la periferia, mientras que, en el centro, usted escribía *The Core of the Case [Against Judicial Review]* y otros artículos relevantes sobre la cuestión, como *Five to Four: Why do Bare Majorities Rule on Courts*, en los que ofrecía precisiones importantes en relación con lo que había sido su abordaje inicial. De la misma forma, por ejemplo, Mark Tushnet modificó en ese tiempo —al menos de forma parcial— su enfoque sobre la materia. Al menos, en relación con el libro que había publicado en 2000, *Taking the Constitution Away from the Court*. En el 2008 Tushnet publicaba *Weak Courts, Strong Rights*, demostrando que incluso los y las que habían sido los críticos y críticas más radicales del control judicial de constitucionalidad reconocían que era posible pensar sobre el tema de otro modo, de un modo menos confrontativo o extremo frente a la revisión judicial.

Hay muchas razones para explicar este paulatino cambio. Una de tales razones tiene que ver con una distinción presentada por algunos autores alineados y alineadas en lo que se ha dado en llamar el “constitucionalismo popular”. La distinción a la que me refiero es la que separa a la “última palabra” de “la supremacía judicial”. Muchos y muchas pasamos a sostener, entonces, que estábamos en contra de la supremacía judicial, pero no necesariamente en contra de la revisión judicial —al menos, de una revisión judicial que no pretendía guardar para sí la “última palabra”. En ese sentido, artículos como *The Core of the Case [Against Judicial Review]* y luego *Five to Four* revelaron sus cambios de perspectiva en la materia, de forma similar a los cambios que había presentado la posición de Tushnet, desde *Taking the Constitution Away From the Court* a *Weak Courts, Strong Rights*. Estos ejemplos evidencian que estamos ante un nuevo paradigma, y nos ayudan a pensar que hay lugar para acercarse a estas cuestiones de una forma distinta de la tradicional.

Hasta dicho momento, yo coincidía casi plenamente con su punto de vista [el de Waldron]. De todos modos, advertí una diferencia significativa entre nuestros enfoques a partir de su artículo *Deliberation, Disagreement, and Voting*, el cual forma parte del libro *Deliberative Democracy and Human Rights* (un libro en homenaje a Carlos Nino), en el que usted enfatizó el valor de la decisión colectiva a través del voto, desenfatiando la centralidad de la deliberación. Usted sostuvo algo así: “Hay personas que han estado escribiendo sobre democracia deliberativa como si no fuese necesario tomar decisiones políticas en algún

momento, y eso es completamente inaceptable". Estoy totalmente de acuerdo con eso. Sin embargo, creo que dicha consideración esconde una diferencia que es mayor con el enfoque de la deliberación democrática.

Paso a concentrarme, ahora, en lo que llamaría la última etapa de esta historia, una tercera etapa sobre la que me voy a extender un poco más, porque es aquella en la cual nuestros respectivos enfoques comienzan a diferenciarse un poco más. Resumo primero lo dicho hasta ahora. En un principio, y de un modo muy similar al que usted lo había estado desarrollando, mantuve sobre la cuestión una perspectiva mayoritarista. En un segundo período, me mostré más preocupado por la democracia deliberativa y por las implicancias que, para el control judicial de constitucionalidad, podría tener dicha perspectiva. En el tercer momento que ahora abordo, mi interés fue —y lo sigue siendo— el de inclusión social de la gente común. Se trata de enfatizar de modo especial un componente distinto, propio de la teoría democrática que siempre defendí, que está basada, esencialmente, en la inclusión y en la deliberación. De este modo, me considero insistiendo sobre un enfoque de la democracia que —como sostuviera Jürgen Habermas— exige la discusión entre todas y todos los potencialmente afectados. Así que llego a este último período con una preocupación renovada, que, otra vez, creo que tiene mucho que ver con el clima académico-político de este momento. Me refiero a que, en los últimos años, muchas personas comenzaron a escribir sobre la erosión de la democracia, el retroceso democrático, la fatiga democrática. Hay algo que puede resumirse en la idea de la incomodidad con el modo en que se encuentra funcionando la democracia y, en mi trabajo, eso también comenzó a estar más presente.

Para decirlo brevemente, en estos últimos años estuve muy interesado en los nuevos desarrollos vinculados con lo que podrían llamarse "asambleas deliberativas". Ejemplos como los que encontramos en Australia, Columbia Británica y Ontario en Canadá, Irlanda, Islandia, Holanda y ahora Francia y Argentina. En esos casos, a través de estas nuevas "asambleas deliberativas" encontré algo muy interesante. Sólo para poner un ejemplo: en Canadá, en Columbia Británica y Ontario, se desarrollaron "asambleas deliberativas inclusivas" donde personas seleccionadas por sorteo tomaron una decisión —luego de estar semanas discutiendo— sobre una difícil temática como lo era "el sistema electoral". En un principio, algunos sostuvieron: "Bueno, las personas no están motivadas para tratar estos temas difíciles". Pero estas asambleas demostraron lo contrario, esto es, que las personas pueden estar totalmente motivadas para participar. Por otro lado, estaban aquellas personas que decían: "Bueno, pero se trata de un problema muy técnico, y las personas son ignorantes racionales o irracionales, así que no importa qué dicen". Pero lo cierto fue que, luego de algunas semanas,

los y las participantes de las asambleas ya mostraban expertiz en esos temas y —en los últimos casos citados— llegaron a elaborar proyectos muy interesantes y completos relacionados con un nuevo sistema electoral. Del mismo modo, se encontraban quienes decían que “las personas no pueden cambiar su punto de vista”. Pero también este tipo de afirmaciones terminaron siendo completamente falsas: pudo verse que las personas podían cambiar perfectamente de opinión.

Otro ejemplo increíblemente interesante sobre lo mismo tiene que ver con la discusión que se desarrollara en Irlanda sobre el aborto. En el mismo sentido, quiero mencionar el caso argentino con el cual puede trazarse un paralelismo. Creo que hay muchas lecciones que aprender a partir de estas experiencias. Permítanme agregar sólo un comentario respecto de la discusión del aborto en el ejemplo argentino. Argentina, para mí, es —en términos institucionales— un desastre [risas]. Soy argentino e híper crítico, escéptico y pesimista respecto de nuestra situación político-institucional. Sin embargo, el año pasado tuvimos una discusión sobre el aborto que, por muchas razones, me pareció excepcional. Había personas discutiendo el tema en las calles, clubes y bares, gente escribiendo artículos, dando charlas en las escuelas. He ido a muchas escuelas: adolescentes de quince o dieciséis años conocían la ley y los tratados internacionales mejor que yo. No podía creer la fuerza de sus argumentos. Luego tuvimos audiencias públicas en el Congreso, donde escuchamos testimonios de mujeres, niñas y adolescentes que habían sido violadas o a quienes no se les había permitido realizarse un aborto. Se trató de un procedimiento muy bien organizado que trajo luz sobre temáticas que no habían sido discutidas hasta el momento. Podría quedarme comentando esos detalles por un buen rato, porque hay muchísimas cosas para decir, pero me centraré sólo en algunas cuestiones.

En primer lugar, tanto para Argentina como para Irlanda, uno podría haber dicho —otra vez—: “¿Deliberación? A nosotros y nosotras, en nuestros países, no nos interesa la deliberación”. Sin embargo, vimos que no era así: la gente deliberaba sobre el tema porque estaba interesada en el mismo, y se mostraba incluso dispuesta a cambiar de opinión. En segundo lugar, alguien pudo haber dicho, frente a ese debate: “Bueno, que discutan sólo aquellos que saben del tema”. Y no. Lo cierto es que no es así, no fue así, y por suerte no fue así: aprendimos mucho de aquellos y aquellas que no estaban preparados técnicamente —algo que nos ayudó a elaborar una decisión más imparcial. Tercero, aunque en ambos casos —Irlanda y Argentina— hablamos de países católicos, donde la Iglesia es muy poderosa, los testimonios de los y las expositoras dejaron un fuerte mensaje, que indujeron a que muchos cambiaran o matizaran sus posiciones, a pesar de sus creencias religiosas. Esta mañana estaba

hablando con un amigo, Adam Przeworski —a quien yo admiro mucho—, quien sostuvo, durante muchos años, una posición (ahora dice que lo estoy convenciendo) que dice: “Cuando tus intereses o tu identidad están involucrados, ¿qué sentido tiene la deliberación? Nadie va a cambiar lo que piensa”. ¡Totalmente falso! Miren a Irlanda: las personas cambiaron de opinión de un día a otro, o en unas semanas, después de escuchar ciertos testimonios. Podemos estar en un país católico, con una Iglesia con mucho poder, y tratar con un tema tan complejo y divisivo como el aborto, y aun así cambiar de opinión o matizarla, después de un período de discusión. Así que tenemos mucho para aprender de esto. Esos ejemplos nos hablan, según entiendo, de un nuevo paradigma sobre el que tenemos que reflexionar. Creo que hay algo muy importante allí y puede que vuelva a tales ejemplos, pero déjenme ir por el momento, y de modo más directo, a las diferencias que tengo con su trabajo.

En 2016 usted publicó *Political Political Theory*, un libro que encuentro fascinante en numerosos aspectos. Coincido plenamente con usted en que la teoría política no debe ser estudiada como una rama de la ética; coincido con el enfoque aristotélico de la sabiduría de la multitud; coincido con la preocupación que usted muestra por los procesos legislativos, la deliberación, la estructura de debate que debe incluir a todas las opiniones e intereses; coincido asimismo con su crítica sobre la interpretación constitucional, y con su crítica sobre la forma en que el presidencialismo ha evolucionado. Pero por primera vez encontré algunas diferencias importantes con su trabajo, que tienen que ver con lo que mencioné anteriormente.

Hay una frase importante en el libro que quiero mencionar. Cuando la leí, de hecho, pensé que había escrito esto dirigido a mí —o contra mí— [risas]. Cuando lo vi, dije: “De acuerdo, me está hablando a mí” [risas]. En la página 135 de *Political Political Theory*, usted escribió: “La gente asumió a partir de mi trabajo sobre el control judicial de constitucionalidad —basada, como lo está, en principios de legitimidad democrática e igualdad política— que yo también debo estar a favor de que las personas voten directamente, como iguales, sobre las leyes que luego las gobernarán. Muchas veces se sostiene que si un demócrata acepta algo menos que eso —es decir, cualquier forma de representación indirecta— entonces se ha resignado, porque tanto la autoridad representativa como la autoridad judicial requieren del ejercicio de poder político, lo que supone remover de la participación a ciudadanos y ciudadanas ordinarias. Todo esto, desde mi punto de vista, está mal, al menos en cuanto a lo que se refiere a la legislación”. Y luego lo que es, tal vez, el punto crucial del párrafo. Dice usted: “Legislar es una función para la cual la representación, más que la participación directa, es la mejor alternativa democrática”. Con esto tengo un problema muy serio. Encuentro aquí un punto de vista que admiro muchísimo, pero con el que al mismo tiempo discrepo. Como

usted, James Madison escribió célebremente en El Federalista N° 10 que: “Es muy posible que la voz pública, expresada por los representantes del pueblo, esté más en consonancia con el bien público que si la expresara el pueblo mismo”. De modo más cercano, está la mirada de una muy buena amiga, Nadia Urbinati, sobre la representación, que usted cita. Luego de referirse a ella, usted dice: “La abstracción que implica la representación es particularmente apropiada para la creación de leyes, que es un área en la que estamos esforzándonos por producir normas abstractas, abstractas en el sentido ‘general’, más que en directivas dirigidas a alguna persona o situación en particular”. Tengo fuertes diferencias con esta visión. Por lo tanto, dado que hoy tengo esta oportunidad, me gustaría ver cuán diferentes son, en verdad, nuestras posiciones respecto del punto de vista que estuve tratando de desarrollar en términos de un diálogo abierto e inclusivo. Déjeme entonces agregar algunos comentarios sobre por qué tengo problemas con este enfoque.

Primero, quisiera invocar el mismo criterio que usted aplica para quienes comparan una imagen romantizada del Poder Judicial con la locura de la legislación. De cierta manera, y a partir de las referencias que toma, veo que usted termina por hacer lo mismo que critica, ahora aplicado contra los enfoques más directos de la democracia. Quiero decir, usted ahora compara a la representación en su mejor luz con la democracia directa en su peor versión. Y creo que la comparación no debería ser realizada en esos términos.

En segundo lugar, no deberíamos tomar a la democracia directa como la única alternativa a la representación. Estoy totalmente en contra del referéndum y del plebiscito —al menos en los modos en que son organizados habitualmente por quienes que están en el poder— cuando lo que nos importa es la discusión democrática e inclusiva. Así que no tenemos por qué decir que la única alternativa a la representación es la democracia directa, particularmente si pensamos (como ejemplos de una convocatoria popular indebida) en procesos de consulta directa como los que suelen desarrollarse en California, o como los que se llevaron a cabo recientemente en Inglaterra, con el Brexit, o en Colombia, con el acuerdo de paz. Podemos ser críticos y críticas de todos esos ejemplos, y al mismo tiempo serlo respecto del tipo de democracias representativas que tenemos.

En tercer lugar, quisiera mencionar algo en torno a la abstracción que sería propia del proceso de creación de leyes. Tomemos los ejemplos mencionados recién sobre Columbia Británica y Ontario. Recordemos lo que pasó ahí. Hasta la llegada de las asambleas ciudadanas, las y los legisladores tenían el poder de crear un nuevo sistema electoral cuando lo desearan, y del modo en que quisieran —esperablemente, nunca en contra de sus propios intereses. Por eso, y para terminar con la posibilidad de que los y las representantes decidieran en nombre de

todos y todas, pero en su propio beneficio, el pueblo decidió quitarles dicho poder y ponerlo en otro lugar: "Los propios legisladores y legisladoras (que son quienes pueden beneficiarse con tales medidas) no deben ser quienes decidan en torno al sistema electoral".

Déjenme darles otro ejemplo breve sobre cómo puede entenderse la representación. Me gusta mucho el ejemplo que usted da —y lo que el ejemplo implica— sobre Aristóteles y la sabiduría de la multitud. Pero en este punto tiendo a estar más de acuerdo —y no creo que vayamos a disentir sobre esto— con John Stuart Mill, cuando dice: "Cada persona es el mejor juez de sus propios intereses". Creo que allí se asienta la base de nuestras diferencias porque, por razones de sentido común, nadie tomará tan en serio mis intereses como yo mismo, y nadie entenderá tan bien como yo lo que me ocurre en conexión con estas políticas públicas. Cada voz es importante y si ignoramos alguna, terminamos por ignorar algo importante en términos de representación. Y es aquí donde se sitúa, creo yo, nuestro desacuerdo.

Permítanme ilustrar lo que estoy diciendo con un ejemplo. Estamos en un seminario afuera de la Facultad de Derecho, en un espacio privado o en la casa de algún o alguna integrante. Somos quinientas personas y vamos a decidir si está permitido fumar en esta habitación. Cuatrocientos noventa y nueve, de nosotros y nosotras, estamos desesperados por fumar, pero hay una persona que tiene problemas respiratorios y que, si empezamos a fumar, deberá abandonar el seminario, que dura dos horas. Podemos tener un hermoso sistema representativo para tomar esa decisión, pero cuando hay voces, o incluso una sola voz, que ignoramos, podemos perder algo importante, algo crucial. En este caso, imaginemos que la única voz que no se escucha es la de quien tiene problemas pulmonares. A muchos y muchas nos avergonzaría tomar una decisión semejante (autorizar la posibilidad de fumar durante el seminario), capaz de dañar de modo serio a otra persona. Es absolutamente necesario escuchar incluso —o quizás, sobre todo— a esa sola voz.

El problema con la representación se incrementa en sociedades multiculturales como las nuestras, en donde el acuerdo es más difícil, y en donde discrepamos sobre muchas cuestiones fundamentales. La representación —en estos casos— es la segunda mejor opción, y —como tal, agregaría— es una muy mala segunda opción. Quisiera ver, en este sentido, qué tan lejos llega su argumento, porque creo que hay muchas razones para defender una perspectiva diferente, más en línea con lo que yo llamo "una conversación entre iguales".

Estamos en un escenario donde necesitamos pensar más cuidadosamente cómo entendemos la democracia. Luego de la Segunda Guerra Mundial, y después de la guerra de Vietnam, estuvimos muy preocupados y preocupadas por los derechos, lo que está muy bien. Sin embargo, en la actualidad diría que, de la misma manera, necesitamos pensar más sobre la

democracia: nuestro problema principal tiene que ver hoy, al menos de un modo especial, con la democracia, más que con los derechos. En tal sentido, usted insiste en la diferencia entre democracia representativa y no representativa, para tomar partido por la primera como “opción preferida”. Creo que allí se asienta una diferencia importante, que impacta luego en cómo terminamos pensando sobre el sistema institucional en general y sobre el control judicial en particular. Gracias.

Jeremy Waldron: Es un honor para mí estar en la misma mesa que el Profesor Gargarella y poder discutir con él sobre estos asuntos. Me gustaría agradecer a quienes han organizado esto, pero por sobre todo me gustaría agradecer a Roberto por la profundidad y detalle de su compromiso. Desde hace tiempo, él ha sido una de las voces más articuladas e interesantes, no sólo en los debates relativos al control de constitucionalidad, sino también en la elaboración de la idea de diálogo político. En muchos aspectos, las contribuciones de su trabajo han sido más enriquecedoras que aquello producido en Canadá, zona cero de la teoría del diálogo. Aunque tengo ciertos problemas con esta teoría del diálogo, que voy a desarrollar más adelante, lo cierto es que la lectura de su trabajo ha sido provechosa y me ha enseñado mucho. Eso es lo importante del diálogo.

Voy a hablar, sin un orden específico, sobre una serie de cuestiones que Roberto planteó. Pero, antes que nada, quisiera decir algo sobre su referencia al centro y la periferia, porque si Roberto es de la periferia... entonces yo también lo soy. ¡Vengo de Nueva Zelanda, que está incluso más lejos!

Cada tanto me cruzo con amigos y amigas que defienden la idea del control judicial de constitucionalidad, y me señalan el caso de Nueva Zelanda. Esto me pasó hace unos meses cuando me encontré con Bruce Ackerman, quien me dijo: “Ah, cierto, usted todavía defiende el argumento de que la Constitución de Nueva Zelanda debería ser adoptada como modelo para todo el mundo”. A lo que yo respondí: “¡No!”. Que conste en actas que, en realidad, considero que la Constitución de Nueva Zelanda tiene varios problemas porque se legisla demasiado rápido, a través de una sola cámara legislativa, por lo que no suelen destinar el tiempo y el esfuerzo que la legislación representativa realmente requiere. Hablaré de este tema de la representación un poco más adelante.

Por otro lado, no estoy en desacuerdo con el uso del referéndum en todos los tópicos. Creo que el resultado del Brexit es preocupante, pero si Gran Bretaña quisiera tomar la decisión de abandonar la Unión Europea, debería hacerlo a través de un referéndum. No podría haber habido ningún otro método sirva para hacer un cambio tan fundamental en los contornos del sistema político. De manera similar, si Escocia se fuera del Reino Unido, la decisión debería

tomarse a través de un referéndum. Como saben, hay una disposición explícita en la Constitución británica que determina que, en caso de que Irlanda del Norte desee retirarse del Reino Unido, dicha decisión debería ser tomada a través de un referéndum. Ese tipo de cambios no se pueden hacer por ningún otro medio. Respecto de la cuestión acerca de si deberíamos utilizar al referéndum como herramienta para resolver la discusión del aborto, la verdad es que no lo sé.

Durante mi infancia en Nueva Zelanda, el país había pasado por un período de prohibición. En realidad, no cuando yo era niño... el período de prohibición fue en 1920-30, y fue una prohibición de venta de alcohol. Varios condados continuaron con la venta de alcohol, varios otros prohibieron su venta, mientras que algunos decidieron tomar el control de la industria, como ocurrió en Ontario. En cada elección general, volvía a haber un referéndum para que la ciudadanía votara si prefería un condado "seco", un condado con libre comercio de alcohol, o un condado en el cual la industria pasaba a quedar bajo el control estatal. En algún punto, la gente perdió interés en el asunto de la prohibición, por lo que comenzaron a enviar cartas a diferentes diarios diciendo: "¿Por qué no tratamos el referéndum sobre la prohibición del alcohol como un referéndum sobre la legalización de la marihuana?". Alguien más diría: "No importa eso, ¿por qué no lo tratamos el referéndum sobre la prohibición del alcohol como un referéndum sobre el aborto?" Luego alguien propondría algo diferente. Estas personas codificarían las opciones en el referéndum sobre la prohibición de alcohol para mapearlas en las opciones en el debate sobre el aborto. El resultado fue que los condados introdujeron y eliminaron la prohibición de una manera delirantemente aleatoria según los resultados de cada referéndum, por lo que todo puede volverse muy loco después de un tiempo.

Hablaré ahora de algunos aspectos fundamentales del control de constitucionalidad, y luego me centraré en algunas de las detalladas e importantes preguntas que hizo Roberto. La cuestión fundamental es que toda sociedad debe tomar grandes decisiones respecto a lo que yo considero como temas muy divisivos [*watershed issues*].³ El aborto, las acciones afirmativas, las bases de la justicia penal, la inmigración, la pena de muerte, el matrimonio igualitario y la libertad de religión son algunos de ellos. Hay una gran variedad de 50 o 60 de estos temas. Sobre estos temas hay opciones bien claras y definidas. Hay argumentos apasionados presentados de buena fe por defensores y defensoras de muy diversas posiciones. Estos no son sólo problemas jurídicos; estos son temas importantes de políticas públicas y principios. Si un país tiene algún tipo de declaración de derechos [*Bill of Rights*], redactada (como suele ocurrir)

3. Este término puede entenderse como temas cruciales para la comunidad que generan desacuerdos dentro de ella.

de manera abstracta, no va a ser difícil construir un argumento a favor o en contra a partir de ella. Estos argumentos podrían basarse en el trato igualitario con relación a ciertos grupos, en alguna referencia a las libertades protegidas por la Constitución, o en alguna otra cosa. Sería absurdo pensar que la Constitución no tiene algo para decir en relación con estos asuntos, pero también sería absurdo pensar que la Constitución contiene soluciones concretas para estas cuestiones. Pareciera ser que en estos temas nos dividimos en mayorías y minorías. La gente común tiende a dividirse de este modo, como también los legisladores, legisladoras, los jueces y juezas. Éste es uno de los temas que quise subrayar en el capítulo del libro sobre Carlos Nino, esto es: que las y los mismos jueces y juezas tienen desacuerdos entre sí sobre estos temas, tanto como el resto de la gente. Cuando se tienen que tomar decisiones, sea cual sea el órgano que las tome, siempre se terminan contando los votos.

Podemos discutir sobre estos temas hasta el fin de los tiempos, y la discusión podría terminar cambiando la opinión de algunos y algunas (en ambas direcciones) pero generalmente la discusión crea algún tipo de división entre quienes participan, por lo que finalmente surge la necesidad de tomar una decisión, típicamente a través del voto. Entonces, los jueces y juezas deliberan, sus miembros no están de acuerdo y tienen que votar: a veces el resultado es cinco contra cuatro en algunas cuestiones. En el Poder Legislativo pasa lo mismo: los legisladores y legisladoras deliberan y terminan por votar sobre estos asuntos. Con el pueblo (cuando estos temas los decide el pueblo) ocurre igual: se les presenta el asunto, lo discuten y luego votan. Por tanto, en mi opinión, la verdadera pregunta no es si las mayorías deberían gobernar, sino qué mayoría: ¿la de los nueve magistrados y magistradas, los seiscientos o setecientos legisladores y legisladoras o la de la totalidad del pueblo que vota en el referéndum? En general, pienso que acá hay un problema, ya que en todos los casos estamos contando votos y en todos los casos las personas están divididas sobre estos temas de manera muy similar. Si se trata de contar votos, ¿por qué preferimos contar votos entre los y las jueces y no contar votos entre los legisladores y legisladoras electas? Ésta es una idea general acerca de lo que me preocupa.

Los argumentos en relación con estos temas son conocidos en todos sus niveles, todo el mundo los entiende. Puede ser que no comprendan los aspectos técnicos o los precedentes, pero —como ha sostenido persuasivamente Mark Tushnet— no es del todo claro que obtengamos mejores resultados al obsesionarnos con los precedentes y las diferentes interpretaciones, en lugar de analizar directamente los méritos de cada argumento. Usualmente, cuando escribo sobre estos temas comparo el razonamiento de la Corte en el fallo “Roe v.

Wade”⁴ —una importante decisión de 1973 sobre el aborto— con el razonamiento y la deliberación que se dio en el Parlamento británico en 1967, cuando se aprobó la ley que liberalizó el aborto.

Si se analiza de modo honesto el fallo “Roe v. Wade”, se observan, desgraciadamente, innumerables menciones respecto a los métodos de interpretación, otro tanto sobre los precedentes, pero sólo una mínima referencia a las cuestiones trascendentales del caso. La situación no fue igual en la discusión del Parlamento británico sobre el mismo tema. El debate durante la segunda lectura del proyecto de ley para la liberalización del aborto en Reino Unido tiene 250 páginas y allí se analizaron los asuntos de mayor importancia; nada más que eso, la variedad de temas relacionados con el aborto. Algunas veces las y los representantes daban testimonio elocuentemente de la situación de personas que, según dijo Roberto, también podrían hablar por sí mismas en un proceso muy inclusivo. Pero, de un modo u otro, las voces de estas personas fueron escuchadas a través de sus representantes: se habló sobre los méritos de la posición provida, se habló sobre los méritos de la posición contraria y también se habló de los méritos de una variedad de posiciones intermedias. Esto se hizo evidente en el debate británico en 1967. Sé que esos fueron tiempos más felices si se los compara con el tipo de tonterías que hoy vemos en los legisladores y legisladoras. Pero durante esa discusión, quienes defendían la posición provida se dieron cuenta de la dirección que estaba tomando el debate y entendieron que, si la Cámara votaba, se terminarían aprobando la ley. Así que, uno por uno, los portavoces de la posición contraria a la legalización del aborto se fueron levantando y agradecieron a sus oponentes por la manera respetuosa en que sus opiniones habían sido escuchadas y debatidas, y sostuvieron que había sido un privilegio el poder ser parte de este debate.

Nunca he escuchado a nadie que defienda la decisión provida decir algo similar respecto de la supuesta deliberación de la Corte Suprema estadounidense sobre el aborto. La gran diferencia entre la respetuosa gratitud que se advirtió entre los y las participantes del proceso deliberativo en el Parlamento británico (un espacio usualmente caracterizado como un nido sucio de intereses particulares), en oposición a la notoria furia con la que la gente juzga la decisión de la Corte estadounidense, es algo para tener en cuenta.

Reconozco, de todos modos que, como dijo Roberto, debemos ser disciplinados en nuestra manera de pensar cuando tenemos que comparar los buenos ejemplos de un lado y los buenos ejemplos del otro; del mismo modo en que tenemos que ser disciplinados al comparar

4. SCOTUS, “Roe v. Wade”, 22/01/1973.

los malos ejemplos de uno con los malos ejemplos del otro. Acepto que es un punto interesante en relación con algunas tácticas furtivas que a veces he empleado en este debate.

Sí creo en la tremenda importancia de la deliberación y considero (en esto pienso que vamos a estar de acuerdo) que la deliberación no debería ser tratada como un seminario, como si fuera esto que hacemos acá. No que éste sea un debate muy inclusivo, ustedes sólo tienen que sentarse silenciosamente por una hora mientras nosotros y nosotras hablamos y hablamos, pero sí es importante que el debate respecto de estos temas no esté completamente distanciado de la consideración de los intereses que están en juego. No se puede confiar en que estos intereses hablen por sí mismos a menos que de alguna manera sean representados apropiadamente o que, de alguna manera u otra, estén presentes.

Como dijo Roberto, aprendimos de John Stuart Mill y de sus argumentos sobre la democracia, que los intereses deben ser representados de alguna forma por aquellos y aquellas que los entienden y pueden defenderlos. No es suficiente con tener las principales posturas filosóficas presentes. Debemos tener gente que represente a los sectores más afectados por cualquier ley que se esté por aprobar o que se esté reformando, para que den sus puntos de vista. Y esta noción de que existe una diferencia entre la política basada en intereses y la política deliberativa es un error. Necesitamos que ambas se integren. Del mismo modo, me parece un error el contrastar a la deliberación con el mayoritarismo porque —como dije hace un momento— eventualmente tendrás toda la deliberación que quieras, pero en el camino aquellos y aquellas que cambien de opinión en una dirección serán igualados en número por otras personas que cambien de opinión en dirección contraria. Las personas van a afianzar sus opiniones, las van a moderar o van a revertir sus posiciones. Sin embargo, teniendo en cuenta las circunstancias de la vida humana, considerando lo que John Rawls llamó “las cargas de la razón o del juicio” [*the burdens of judgement*], no se puede esperar que se llegue fácilmente a un consenso sobre estos *watershed issues*. Estos asuntos no desafían el consenso simplemente porque la gente no ha pensado seriamente sobre ellos.

Mientras más piensa la gente sobre estos temas, mayor es el porcentaje de consenso y mayor es la cantidad de desacuerdos e, incluso así, aún debemos tomar decisiones sobre estas cuestiones. Esto quiere decir, como lo expliqué en el libro de Carlos Nino (de quien soy un gran admirador), que debemos tener una noción de deliberación que encaje no sólo con la consideración de los intereses, sino también con la preparación para votar. No puede ser que los consideremos contrarios uno del otro, debe existir algún tipo de desenlace natural. De la misma manera, cuando vamos a un juicio anticipamos que eventualmente habrá una votación entre los jueces y juezas, y ello afecta el modo en que presentamos nuestros argumentos.

Sólo queda un punto para discutir con relación a la política basada en la deliberación en contraposición a políticas basadas en intereses. La deliberación en general refiere a principios, pero en la mayoría de los asuntos políticos los principios que realmente importan son aquellos que nos instruyen a tomar en consideración ciertos intereses, u otorgar cierto peso a determinados intereses. Éste es el papel que juegan los buenos principios en algo tan importante, en términos prácticos, como la política. La democracia deliberativa es, de una forma u otra, algo que debemos configurar en este sentido. Sé que nos estamos alejando de la discusión del control judicial, pero la superposición entre la discusión sobre el control judicial y la discusión sobre la democracia deliberativa es lo que Roberto ha escrito sobre el diálogo, y sobre la imagen de diálogo que puede haber en las intervenciones judiciales en la política. En tal sentido, es cierto que tal vez yo haya creado un hombre de paja, al sugerir que los jueces y juezas intervienen torpemente en el debate político decidiendo —sobre la base de su tenue razonamiento mayoritarista de cinco a cuatro— cuál debería ser el resultado del proceso. Frente a esto, Roberto dijo que puede haber ciertos casos que se ajusten a ese paradigma, pero de igual manera corresponde respetar el proceso de experimentación que está ocurriendo en Colombia, en la política argentina, en Canadá, en varios países del mundo, donde existe una relación mucha más complicada y matizada entre los tribunales y los legisladores y legisladoras. Admiro eso, creo que es absolutamente correcto tenerlo en consideración, y tener en cuenta de qué manera las formas débiles del control judicial de constitucionalidad facilitan ese diálogo.

Ya saben que el control judicial de constitucionalidad débil les permite a los tribunales no derribar las leyes de forma violenta, sino hacer proclamaciones públicas sobre la dificultad de conciliar las normas con la Constitución. Entonces, luego los tribunales anuncian —en el lenguaje británico— la declaración de incompatibilidad entre la ley y la declaración de derechos [*Bill of Rights*], de forma pública. Esta declaración no tiene como efecto la anulación de la norma particular, sino que en general es el primer paso que permite iniciar, si así lo decide el Parlamento, un proceso rápido para reevaluar la ley y hacer los cambios necesarios para que efectivamente se condiga con la Constitución. Para mí, cuando los jueces y las juezas dan sus razones en favor de la declaración de incompatibilidad, en realidad nos dicen algo como esto: “Miren, estamos haciendo sonar una alarma acá, y queremos que el Poder Legislativo nos escuche: tomen la cuestión con seriedad y denle a la norma una segunda mirada”. Luego, es posible que, cuando revisen la norma en el Parlamento, los legisladores y las legisladoras decidan hacer cambios, o tal vez no. Tal vez respondan: “Hubo un malentendido respecto de lo que tratamos de hacer, lo que pensamos que está en juego aquí”. Esto es interesante porque es un diálogo entre los poderes del Estado, en el que el poder último tanto del Poder Legislativo

como del Poder Judicial se encuentra levemente revertido. En los sistemas de control judicial de constitucionalidad fuerte, que Roberto consideró, el poder último parece residir en los tribunales. En última instancia, serán las mayorías de los tribunales —y no de la legislatura— las que prevalecerán.

En las formas débiles de control judicial de constitucionalidad también se da ese diálogo entre poderes, pero el Poder Legislativo es el que tiene la última palabra. Obviamente, aquí habría algún ideal de igualdad según el cual las partes deben dialogar como iguales. En realidad, no estoy seguro de ello porque, aunque la igualdad es algo maravilloso, no podría aplicarse a todo. No creo que queramos decir que el Poder Legislativo y el Poder Judicial sean poderes iguales, sino que cada uno tiene sus obligaciones y, en su cumplimiento, ambos poderes se encuentran igualmente autorizados para llevar a cabo su trabajo. Si alguien dijera que en Gran Bretaña ambas cámaras del Parlamento —la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes— deben ser tratadas como iguales, ¡diría que es una tontería! Una es una Cámara electa, y la otra está llena de aristócratas congénitos, obispos y algunos líderes de partidos que están jubilados y que no fueron elegidos ni nombrados por el pueblo. La Constitución misma no reconoce su igualdad, ya que determina que la Cámara de los Comunes tiene prioridad en la resolución de toda disputa relacionada con la Ley del Parlamento, e incluso los mismos Lores reconocen esa desigualdad. En última instancia, es la opinión de la Cámara electa la que prevalece. De todos modos, existe un diálogo entre ellas que es interesante —como en cualquier sistema bicameral—, pero este sistema bicameral tiene la particularidad de que la Cámara de los Comunes tiene la última palabra, aunque la Cámara de los Lores disienta.

Ahora bien, creo que tenemos desacuerdos en lo que respecta al diálogo entre poderes. Fui a una escuela tradicional en Nueva Zelanda, llamada *Southlands Boys High School*, y estaba organizada de forma muy jerárquica con el director en la cima. Él había creado un consejo estudiantil, así que teníamos reuniones para discutir diferentes asuntos relacionados con la escuela y, ocasionalmente, le presentábamos ideas levemente transgresoras. Él escuchaba estas ideas y luego nos explicaba tranquilamente por qué no eran ideas viables. Entonces retrocedíamos y probábamos de nuevo con otras ideas, y él mandaba al vicedirector para que nos explicara que no había fondos para llevarlas a cabo. ¿Era ésta una forma maravillosamente elevada de diálogo? No era realmente un diálogo, era una especie de ida y vuelta. En varios de los llamados “diálogos” que he visto en esta literatura, incluyendo algunos de los casos que Roberto nombró en este maravilloso artículo, *‘We the People’ Outside of the Constitution: the Dialogical Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances*, el diálogo implica que un tribunal diga algo como: “Esta ley que aprobaste no es

buena, y estás son las razones”. Y, en respuesta, los y las representantes llenos de vergüenza preguntan: “De acuerdo, vamos a intentar de nuevo: ¿qué opinan de esto?”. Y los tribunales responden: “No, intenten de nuevo”, y así constantemente.

Esto mismo pasó en Canadá con el derecho al voto de las personas privadas de su libertad por ejemplo. No es un diálogo en el que el tribunal diga: “Ah, ahora entendemos lo que están tratando de hacer, ahora entendemos que ustedes tienen una visión distinta de la Constitución de la que tenemos nosotros y que tenemos que aprender de ustedes”. Por lo que sé, tanto en este país [Estados Unidos] como en Canadá, y probablemente en varios de los casos que menciona Roberto, nunca hubo un compromiso real de los tribunales para, en el ida y vuelta del diálogo, aceptar las propuestas de los demás. Y es importante que los tribunales entiendan que no tienen el monopolio del conocimiento constitucional, y que podrían llegar a aprender algo de los resultados de la deliberación y votación de la gente. Particularmente de los miembros de una Cámara en la que posiblemente todos los intereses sean escuchados. Dado que tengo la oportunidad de debatir con usted [Gargarella], me gustaría preguntarle cuál es su respuesta a esta idea de que los tribunales deberían escuchar y aprender también, en vez de simplemente instruir y disciplinar a los legisladores y legisladoras

Tengo un caso sobre este tema para hacer la discusión un poco más concreta. Recordarán el caso “*Employment Division v. Smith*”,⁵ acerca de un hombre que es despedido de su trabajo por consumir peyote. Entiendo que no era del todo un despido arbitrario porque era un empleado [*narcotics counselor*] de un centro de rehabilitación de drogas, ése era su trabajo [risas]. El punto es que este hombre era un nativo americano y era algo propio de su religión utilizar estas sustancias como parte de sus rituales, por lo que él sostuvo que se estaba violando su derecho a la libertad religiosa protegida por la primera enmienda. La Corte Suprema confirmó la decisión dictada por las autoridades de Oregón, y determinó que la primera enmienda no podía ser interpretada de esa manera. Las leyes sobre narcóticos no están orientadas a la religión —no tienen intención de descalificar las creencias religiosas— y, aunque es cierto que pueden tener un impacto en la religión, ese simple hecho no es suficiente para respaldar la aplicación del test de escrutinio estricto. Así es como el señor Smith perdió su trabajo y también su indemnización por despido (porque fue un despido justificado). El Congreso reaccionó con rapidez y decisión y, de forma casi unánime, se decidió aprobar la Ley de Restauración de las Libertades Religiosas, cuya primera cláusula determinaba que la Corte Suprema se había equivocado respecto de la resolución del caso y que debería haber aplicado

5. SCOTUS “*Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*”, 17/04/1990.

el precedente “*Sherbert v. Verner*”.⁶ Es decir, en el primer artículo de la ley se establecía que la Corte Suprema se había equivocado. Mientras que en el segundo artículo le decían a la Corte: “Si son tan inteligentes ¿por qué no son millonarios?” [risas]. Por último, en el tercer artículo se establecía que el test de escrutinio estricto debía aplicarse en todos aquellos casos en los que había cualquier tipo de impacto en la religión y no sólo en los que había un impacto intencional. La Ley de Restauración de las Libertades Religiosas fue aprobada por una abrumadora mayoría y representa una interpretación de la primera enmienda diferente de la que la Corte aplicó en el caso.

Uno o dos años después se produce una nueva controversia, en este caso en Texas. El caso trataba sobre una iglesia católica, que estaba siendo modernizada y rediseñada bajo las órdenes del obispo de San Antonio. La ciudad de Boerne —donde se encontraba la iglesia— bloqueó esta modernización porque interfería con el proyecto de preservación histórica del centro de la ciudad, proyecto que era esencial para mantener el turismo. La iglesia se quejó: “Ésta es una violación a nuestra libertad religiosa”. Luego, la ciudad respondió: “No, la preservación histórica no busca ir en contra de la religión, sólo tiene impacto sobre ella”. El obispo declaró: “¿No leyeron la Ley de Restauración de las Libertades Religiosas?”. El caso llegó a la Corte Suprema. Así, parecía iniciarse un nuevo diálogo entre ambos poderes, pero la Corte terminó el asunto diciendo: “No vamos a escuchar a los legisladores y legisladoras respecto de este asunto, si tenemos que tener una deferencia la vamos a tener hacia nuestros precedentes, no hacia el Congreso”. Hubo otras cuestiones en el caso “*Ciudad de Boerne v. Flores*”⁷ —Flores era el nombre del obispo de San Antonio— pero uno de los temas más importantes fue que la Corte insistió en que su punto de vista era supremo en lo que refería a estos temas. Hablé de esto en el artículo sobre el diálogo que Roberto mencionó antes.

Así que ésa es mi gran preocupación sobre el diálogo. Mi mayor temor es que se vuelva más un monólogo que un diálogo, en el que una de las partes presente sus ideas y argumentos, pero no le importe los argumentos del resto. Y la segunda mayor preocupación es que si debiera haber alguna desigualdad o asimetría entre los poderes del Estado, debería ser al revés [es decir, la última palabra la debería tener el Poder Legislativo], porque el Poder Legislativo tiene una dignidad inherente, y debe tener esta dignidad inherente en la Constitución que debe ser superior a la que tienen los tribunales.

6. SCOTUS, “*Sherbert v. Verner*”, 17/06/1990.

7. SCOTUS, “*City of Boerne v. Flores*”, 25/06/1997.

Quiero hablar sobre la representación y también sobre las asambleas ciudadanas. Pero antes de que lo haga, hay un asunto importante relacionado con estos temas de los que venimos hablando, y que es particularmente importante en los países del Sur a los que Roberto hizo referencia hoy: Argentina, Colombia y Brasil. Se trata de sistemas políticos caracterizados por un cierto grado de disfuncionalidad, en el Poder Ejecutivo especialmente. En los cargos más altos del Ejecutivo hay repetidos casos de juicio político, arresto, corrupción, mal desempeño, entre otros problemas. La gente entra y se va de la administración pública muy rápidamente. También hay un cierto grado de disfuncionalidad en el Poder Legislativo, que parece ser un nido de corrupción. En estos sistemas, los tribunales son considerados, en algún punto, como la última institución con cierta integridad. De modo que es natural y comprensible que intentemos asignarles un papel más preponderante a los tribunales en la Constitución, sólo por el hecho de que los otros poderes se han mostrado incapaces de cumplir adecuadamente con sus deberes. Y en este aspecto, nuevamente, le daría prioridad a Roberto, quien conoce mucho más sobre el tema. Pero una cosa por la que tenemos que preocuparnos es que, mientras más tareas como éstas se vuelvan obligaciones de los tribunales, más probable es que se conviertan en un blanco de las fuerzas políticas y de la corrupción. Es sólo cuestión de en qué se van a convertir en el largo plazo.

Quienes tienen la desdicha de cursar conmigo la materia sobre teoría de la democracia [risas] saben que también sugerí que tomáramos un enfoque a largo plazo para pensar en las asambleas ciudadanas. No para analizarlas en su estadio inicial, cuando James Fiskin y su grupo de estudiantes de posgrado las organizan, sino imaginando las asambleas ciudadanas dentro de 100 años, y pensar así cómo se habrán osificado y corrompido y cómo podrán asemejarse —finalmente— a un parlamento. Pienso que ya tenemos asambleas ciudadanas, las llamamos parlamentos. Seleccionamos a ciertas personas a través de elecciones y no de forma aleatoria. No tenemos un grupo de estudiantes que organicen la discusión, la gente organiza la discusión por sí misma. Pero es importante analizar estos métodos, ya sea que nos refiramos a los procesos institucionales de los tribunales en la actualidad o dentro de 100 años o a los procesos institucionales de las asambleas ciudadanas en la actualidad o dentro de 100 años, y que nos preguntemos si simplemente estamos siendo seducidos —o no— por la frescura y novedad de estos casos.

Finalmente, hablemos sobre la representación, porque en verdad aprecio mucho los comentarios que hizo Roberto. Mantengo la opinión de que es importante que la legislación tenga cierto carácter abstracto. En la legislación no se resuelven sólo casos individuales, se resuelven problemas sociales a través de normas generales. Resolvemos problemas con

abstracciones. No queremos que nuestras leyes digan: “Elmo debería hacer esto”. Queremos que digan más bien: “Cualquier persona en esta situación debería hacer esto”. Y si vamos a hacer excepciones, estas excepciones deberían ser escritas en términos generales. Ahora bien, Roberto tiene toda la razón respecto del proceso de producción de leyes abstractas: queremos tener en cuenta las particularidades de las vidas de las personas. Si existe alguna persona que padece de enfisema, o de un problema pulmonar —el ejemplo era que se estaba tratando de tomar una decisión respecto de la posibilidad de fumar en un espacio cerrado—, queremos tener un proceso que la tenga en cuenta. No estoy seguro de que un proceso de completa inclusividad vaya a funcionar alguna vez, como si los cientos de millones de estadounidenses, con personalidades conflictivas y tercas, pudieran presentar cada quien sus opiniones; cada uno de ellos y ellas con sus individualidades y particularidades podría terminar impidiendo el funcionamiento del proceso legislativo. Lo que realmente ocurre en un sistema de representación correctamente diseñado es que, en medio de la discusión sobre las disposiciones abstractas de un proyecto de ley, un representante tras otro se para y cuenta la historia de alguno de sus votantes a fin de que se tengan en cuenta sus diversas situaciones personales en la creación de la ley. “Ustedes no parecen entender al aprobar la ‘Ley de Prohibición de Fumar en los Vagones de Ferrocarriles’ que mis constituyentes X e Y tienen determinadas afecciones pulmonares y debemos tener eso en cuenta y tomar medidas para las personas con estas condiciones”. No se trata de crear disposiciones para personas específicas como X e Y, sino crear disposiciones para todas aquellas personas con las condiciones de salud de X e Y. Entonces, todavía queremos un poco de abstracción en el proceso.

Si intentáramos tomar en consideración las particularidades de cada una de las personas —como lo ha sugerido el juez Posner— en un país de este tamaño, con trescientos millones de personas, con opiniones muy fuertes, conflictivas y poco confiadas, todo lo que puede salir mal va a salir mal. Debemos organizar nuestro proceso legislativo de otra manera. Esto no implica que el sistema representativo sea perfecto. Tampoco implica que la diversidad de opiniones que queremos que sean representadas se logra de un mejor modo a través de ciertos principios geográficos, como la división en distritos o la representación por estados. Muchos sistemas electorales utilizan otras formas, por lo que los sistemas representativos pueden ser ajustados dependiendo de lo que creemos que puede ser importante para la legislación. Pero la representación no pretende sustituir la inclusión, sino proveer un método práctico para la inclusión. Es por esta razón que aún mantengo el punto de vista criticado por Roberto de que la representación, en realidad, es el mejor sistema para las cuestiones del día a día de la legislación, incluso cuestiones sobre los grandes temas de principios. Y es un mejor sistema

que la democracia directa ejercida a través del referéndum, que creo que debería reservarse para los grandes ajustes de la estructura de las instituciones políticas. Muchas gracias, sobre todo a Roberto.

Roberto Gargarella: Tengo cinco o seis cosas para decir y una historia. La historia tiene que ver con la objeción democrática, que pienso que también se vincula con su visión sobre la representación. Pero la historia es sólo para contar algo que resulta gracioso. ¿Conoce al escritor hondureño Augusto Monterroso? Monterroso es famoso por haber escrito el cuento más corto en la historia de la literatura. Es una sola oración que dice: "Cuando despertó, el dinosaurio todavía estaba allí". Pues bien, para mí, la objeción democrática es como el dinosaurio: la objeción sigue ahí. Ahora discutimos con argumentos sofisticados, después nos vamos a dormir, pero el dinosaurio sigue ahí.

Quiero decir algo acerca de eso. Muy rápidamente: algunos son puntos menores y otros son más sustantivos. Un punto menor es acerca de los referéndums. En mi opinión, los referéndums son, en los sistemas en los que vivimos —con una gran concentración de autoridad y un Poder Ejecutivo fuerte—, una oportunidad fantástica para la manipulación. Eso explica por qué todos los dictadores autoritarios, desde Pinochet hasta Fujimori, vieron con tanto entusiasmo la posibilidad de convocar referéndums: ellos eran conscientes de que estaban en óptimas condiciones para favorecer a su propia posición. Por eso, para mí, los referéndums son aceptables sólo después de un largo y organizado proceso de discusión. Si no son producto de este tipo de procesos de debate, yo los rechazaría, y los rechazaría por motivos democráticos. Pero este es un punto tal vez menor, o quizás un punto no mayor.

Un punto más sustancial es aquél que usted menciona acerca de que todas y todos estamos divididos en mayorías y minorías. Yo pienso, de nuevo, que ésa es la razón por la que una discusión como la del aborto fue tan fascinante. Aprendí muchísimo en ese debate, y como resultado cambié en parte de opinión. No es que formaba parte de la mayoría y después pasé a integrar la minoría, pero hubo matices en los que cambié, y eso es crucial. Para mí fue muy importante reconocer eso. No es que "o estás acá o estás allá". Porque, si lo vemos desde esta perspectiva binaria, es claro que nadie termina cambiando de opinión. Lo que tiende a suceder es otra cosa, y es que precisamos o matizamos nuestras opiniones, y es por eso que resulta tan importante la deliberación. No es sólo algo más. No es sólo que la deliberación es buena porque somos todos buenos amigos. No, la deliberación es fundamental porque nosotros y nosotras vamos a matizar lo que pensamos, vamos a modificarlo un poquito. Y eso es muy importante.

Habiendo dicho esto, quiero aclarar algo más. Yo siempre he sido, y siempre seré muy crítico del control judicial de constitucionalidad. Así que no es que estoy fascinado con estas

experiencias, la colombiana y la argentina. Yo creo que esos casos muestran algo importante que, en mi caso, me ha ayudado a cambiar mi antigua visión, en la que me reconocía —como usted— un crítico férreo del control judicial de constitucionalidad.

Así que, para concluir, no es que ahora —luego de reconocer el valor de todas estas nuevas formas de intervención judicial— haya pasado a creer en un sistema abierto de control judicial de constitucionalidad con deliberación. Y ello así, entre otras razones, porque no considero que jueces y juezas tengan los incentivos institucionales apropiados como para promover el diálogo. De hecho, no tienen en absoluto tales incentivos, así que usan sus privilegios para hacer casi todo lo que quieren. Cuando toman una decisión adecuada, como lo fue la de convocar una audiencia pública en el caso “Mendoza”, está bien que la aplaudamos y la celebremos. Pero no porque creamos que en la próxima decisión harán a hacer lo mismo. No van a hacerlo, salvo que —por ejemplo— reconozcan que el hacerlo les va a otorgar popularidad, o va a mejorar su legitimidad. De hecho, la audiencia pública referida tuvo lugar tras un período en el que la gente se movilizaba hacia los domicilios de los miembros de la Corte para arrojarles piedras. Tal era la crisis de legitimidad que afectaba a la justicia que —según entiendo— los miembros del máximo tribunal intentaron hacer algo para mejorar su propia situación. Muchas veces se lleva a cabo una acción acertada por las razones equivocadas. En todo caso, lo ocurrido nos sirvió para reconocer algo importante. Producida la audiencia, aprendimos que el mecanismo era interesante, que estaba dentro de los márgenes de acción de los tribunales (cuando, en algún momento, se nos decía que ellos y ellas no estaban en condiciones de llevar a cabo un operativo semejante), y que la reacción social frente a la audiencia era muy buena (y no negativa, como algunos y algunas habían anticipado).

El último punto que quisiera hacer se refiere a la cuestión de la representación y a la gente que queda afuera de ella. Yo pienso que tenemos un problema insoluble con la vía legislativa (aun en el marco de una mejor relación entre el Poder Legislativo y los tribunales): tenemos frente a nosotros y nosotras un problema de carácter más estructural. Ocurre que el sistema representativo, en la Argentina, en Inglaterra, en Estados Unidos o en Colombia, tiene grandes dificultades para captar el carácter multicultural de la sociedad. Me refiero al elemento del pluralismo que menciona Rawls. Creo que hay una dificultad estructural ahí. Cuando Madison pensaba el sistema institucional, él lo hacía pensando en que siempre habría mayorías y minorías, los propietarios enfrentados con los no propietarios, los deudores enfrentados con los acreedores, etc. Para él, básicamente, la sociedad se encontraba dividida en dos o tres grupos y el sistema institucional nos daba la posibilidad de incluirlos a todos y todas. Además, él asumía entonces, como tantos, que los pocos grupos en que se dividía la sociedad eran grupos

internamente homogéneos, así que con unos pocos "propietarios" y unos pocos "deudores", básicamente se representaba a todos los miembros de esos grupos. En sociedades multiculturales como las nuestras, tal tipo de supuestos ya no se sostienen más. No es que una persona indígena vaya a representar a todos los y las indígenas. O que una mujer en el Parlamento pueda representar a los intereses de todas las mujeres. No, los pueblos indígenas y las mujeres son grupos enormes, dentro de los cuales conviven infinidad de personas con visiones diferentes. Así que hoy nos encontramos con que existe una incapacidad o dificultad estructural en la representación. En ese sentido pienso, y este es mi último punto, que tenemos que abandonar de una vez por todas nuestras esperanzas sobre las capacidades del sistema representativo tradicional: considero que es imposible recuperar aquello que ya se ha perdido. Es la triste verdad. Es imposible recuperar lo que tuvimos, de modo que creo que tenemos que estar abiertos a estas experiencias nuevas, entre otras razones, porque hay dificultades estructurales para representar la explosión de diversidad que es propia de nuestras sociedades multiculturales. Mi última y principal preocupación es, de nuevo, la gente que no está representada. Cualquier persona, al definir su identidad, puede decir que es de clase media, y que a la vez es gay, vegana, religiosa y republicana: cada quien es miles de cosas; como todas las personas son, a la vez, miles de cosas. Nuestras identidades múltiples, en el marco de sociedades multiculturales, nos dicen que el sistema representativo enfrenta un problema insoluble.

Participante: Me gustaría volver a una parte de ambas presentaciones. Yo creo que ustedes podrían tener algunos desacuerdos sobre la cuestión del uso del lenguaje de derechos como herramienta, tanto en los tribunales como en el discurso público. Hay algo que ambos han dicho que es lo siguiente: que hay algo que se pierde cuando la discusión política se lleva a los tribunales y se tiene que traducir al lenguaje de derechos. En el trabajo del Profesor Waldron se advierte cierto orgullo sobre las discusiones que se estaban dando en el Parlamento británico, pero esas también fueron discusiones basadas en argumentos expresados en lenguaje de derechos. Así que mi pregunta para ambos es: ¿Se pierde algo cuando se traduce el conflicto al lenguaje de derechos, incluso en la discusión política? Y, en ese caso: ¿Qué es lo que ocurre al respecto cuando la discusión pasa a los tribunales?

Jeremy Waldron: Bueno, yo creo que en esos casos hay una pérdida, pero no en todos los casos. A veces, cuando el conflicto involucra dimensiones colectivas o comunales la discusión puede empobrecerse si se debate, como usted dijo, en términos de derechos, ya sea que esto ocurra en los tribunales o en los parlamentos. En sentido contrario, si hay una cuestión que es correctamente entendida en términos de derechos o en términos de aplicación de

principios, pienso que en muchos casos podemos entender tales principios de un mejor modo en los contextos parlamentarios que en los contextos de los tribunales. También creo que esto es algo que todos enfatizamos en la década del 70. Usted [Gargarella] se debe acordar, tiene la misma edad que yo.

Roberto Gargarella: Tengo cincuenta y cinco.

Jeremy Waldron: Perdón, usted no es tan viejo como yo [risas]. Pero en una época sosteníamos que traducir todo al lenguaje de derechos era una forma de empobrecer la discusión. Ahora creo que en nuestra reflexión más madura eso resulta cierto en algunos casos, pero no en la mayoría. Y, si esto último es cierto, lo sería tanto si eso sucede en el Parlamento como si ocurre en los tribunales.

Roberto Gargarella: Desde una posición de izquierda, y prestando atención a las discusiones políticas ocurridas en la región, pude comprobar que, durante el período fundacional de América Latina, los y las radicales de izquierda se manifestaron muy en contra de la concentración de poderes (la concentración de poderes fue siempre recomendada por el conservadurismo) y muy en contra, también, del lenguaje de derechos utilizado por los y las liberales. Creo que, en el siglo XX, los y las radicales cambiaron ambas posturas, y comenzaron a defender —contra lo que habían defendido en el siglo XIX— tanto la concentración de poderes como el litigio realizado en nombre de los derechos sociales. Creo que, en ese cambio, se perdió algo. Yo estoy de acuerdo con usted [Waldron] en que hay mucho que ganar y aprender con el lenguaje de derechos, pero se puede perder algo. Todos los republicanos y republicanos en Latinoamérica, y yo diría también en Francia, estaban discutiendo sobre lo que Hannah Arendt llamó la “cuestión social”, y no se estaban metiendo mucho con el concepto de derechos, porque conocían sus limitaciones. Así que hay algo ahí sobre lo que deberíamos pensar más.

Jeremy Waldron: Mark Tushnet, a quien mencionó Roberto, cuando era miembro del movimiento de los *Critical Legal Studies*, solía escribir artículos que se llamaban “Una crítica de los derechos” y “Ensayo contra los derechos”, o “Por qué los derechos apestan” [risas], y así. Nunca quedó muy claro si él estaba preocupado por lo que estuvimos discutiendo recién con Roberto, esto es, por cómo se pueden distorsionar las discusiones sobre ciertos problemas al presentarlos como una cuestión de derechos, o bien si él estaba criticando la tendencia a confiar la resolución de estos temas a los tribunales. Yo pienso que estaba tratando de contraponer ambas cosas.

Roberto Gargarella: Yo también creo que había algo de la tradición marxista que consideraba (como escribiera Marx) que el discurso de los derechos era “basura”, un “sinsentido verbal”.

Jeremy Waldron: Sí, eso es correcto.

Participante: Bueno, como el Profesor Waldron ya sabe, soy de Quebec, Canadá. Tuvimos recientemente unas discusiones muy interesantes acerca de la “cláusula no obstante” [*notwithstanding clause*], más que nada por la nueva legislación acerca de símbolos religiosos que se ha adoptado en mi país. Al final del día, creo que debemos enfrentar la posibilidad de que no haya consenso o que en la discusión falten respuestas unánimes. Si eso sucediera, ¿cuál debería ser el mecanismo para tomar una decisión? ¿Debería ser sí o sí o una o la otra? Quiero decir, ¿o bien decide el Congreso o bien deciden los tribunales? ¿O debería haber un mecanismo más complejo de toma de decisiones? Y en relación con esta pregunta: cuando se trata de revisión judicial, los tribunales han sido utilizados —para bien o para mal, dependiendo de la posición que se tome— por un montón de minorías para lograr el reconocimiento de derechos. Por ejemplo, mujeres y minorías étnicas y lingüísticas en Canadá. Si adoptamos la perspectiva dialógica, ¿cuánto tiempo debería esperar esta gente a que se dé esta discusión? ¿Cuánto tiempo debería durar y cuánto tendría que esperarse para poder ofrecer un reconocimiento de derechos como respuesta? Porque si hablamos, por ejemplo, de las minorías lingüísticas, la diferencia de lo que pasa dentro y fuera de Quebec es grande. Me pueden corregir, pero creo que en Quebec un tercio de la población proviene de alguna minoría francesa. Sin intervención por parte de los tribunales, no estoy segura de que estas minorías hubiesen podido, por ejemplo, defender su derecho a la educación. Así que cuanto más esperaban, menores eran las posibilidades que tenían para satisfacer estos derechos. Porque para que les sea reconocido el derecho necesitan un número determinado, por ejemplo.

Roberto Gargarella: El asunto del tiempo de espera fue presentado en una crítica realizada por Larry Alexander y Frederick Schauer contra todos estos procesos dialógicos. Ellos decían algo semejante: la gente necesita decisiones, más que diálogo; el Derecho necesita afirmar su autoridad, y no una conversación que va y viene y no termina nunca. A mí me molesta mucho esa crítica porque, en muchas de las experiencias que conozco, con todas las características que describí antes, esta clase de debate permitió empezar a decidir sobre asuntos que el sistema institucional había relegado por décadas. Así que mucha gente dice: “Bueno, necesitamos menos debate y más decisiones”. Pero lo cierto es que (volviendo al ejemplo del caso “Mendoza”), durante tres décadas, el río contaminado no fue objeto de decisión por parte de nadie. Ni por parte de las y los legisladores, que les tenían miedo a los y las capitalistas y a

las empresas, ni por la justicia, que no se quería meter con esos temas tan complicados. Este tipo de mecanismos —las audiencias en el caso citado— nos permitieron, por primera vez, que se empezara a hacer algo en relación con un tema en el que durante décadas no se había hecho nada. Creo que fue Tushnet quien dijo que los argumentos contrarios a los procesos dialógicos, como los presentados por Alexander y Schauer, necesitaban de un mayor desarrollo y sustento empírico, ya que —en la práctica— los resultados no han sido los anticipados por ellos.

Sobre el asunto de quién tiene que decidir en este tipo de casos creo que tenemos que volver al pueblo —al tipo de principio que quise defender bajo la idea de una conversación abierta y continua. Para ilustrar lo que pienso, voy a recurrir a mi ejemplo favorito, un ejemplo que me parece fascinante. Podría estar días con este ejemplo porque me parece riquísimo. Se trata de una decisión —si no la conocen, léanla porque es increíble para esta discusión— de la Corte Interamericana contra Uruguay. En Uruguay se había dictado una ley de amnistía que amparaba a los delitos cometidos por los militares durante la dictadura, lo cual generó muchísima discusión en el país. Bueno, en Uruguay, que es una democracia increíble, el Congreso decidió primero algo que a la gente no le gustó mucho porque se trataba justamente de una amnistía. Por lo tanto, la gente empezó a discutir y desafiar lo hecho por la legislatura. De un modo u otro, todos estaban muy enojados y enojadas. A resultas de esas discusiones, se convocó un plebiscito, a través del cual la mayoría respaldó la amnistía. Pero la gente siguió discutiendo y se produjo entonces la convocatoria a un segundo plebiscito, que volvió a sostener la amnistía. En definitiva, en un período de diez, quince años, hubo discusiones masivas en las calles y foros públicos, dos plebiscitos y decisiones fuertes tomadas tanto por el Congreso como por los tribunales. Uno podría preguntarse: Bueno, ¿quién tiene que decidir en términos de representación? Para mí, ese es el espectáculo, la belleza de la democracia: estamos en desacuerdo, la sociedad está dividida y entonces tenemos que discutir esto. Entonces, tomamos una decisión en algún momento, luego de un tiempo —tal vez— consideramos que nos equivocamos y entonces volvemos a discutir, a decidir, todo de nuevo. Ésa es para mí la esencia y la belleza de la democracia.

Jeremy Waldron: Me gustaría agregar que sobre todos estos temas en general, pero específicamente acerca de los derechos de las minorías, van a haber dos posturas para cada tema. Las minorías no necesariamente tienen los derechos que creen tener. Las minorías no necesariamente son una autoridad *per se* en lo que respecta a sus propios derechos, así que quizás pueden exagerar sus derechos o pueden subestimarlos. Y las mayorías tampoco son especialistas en el tema. Pero más allá de lo que se decida hacer con relación a los derechos de las minorías, y las disposiciones o acuerdos que se tomen en relación con ellas, la sociedad

entera tiene que estar de acuerdo en vivir con eso, la sociedad entera tiene que aceptar la decisión. Así que necesitamos un mecanismo que confiera legitimidad a la decisión a pesar del hecho de que va a seguir habiendo desacuerdos.

Es algo de lo que hablé en la Argentina y creo que también en Colombia. Tenemos que comparar los procesos políticos en los que, eventualmente, después del tiempo que se requiera, lleguen a una decisión preguntándose: "Aquellos y aquellas que están a favor de la decisión no tendrán problemas en convivir con ella, ¿pero por qué quienes se opusieron a la decisión deben, de todos modos, estar inclinados a aceptarla?". ¿Es la forma en que se tomó la decisión o la institución que la tomó lo que le da legitimidad? Porque la pregunta sobre la legitimidad para mí siempre es la siguiente: ¿Cómo hacer para reconciliar a quienes se opusieron a la decisión una vez que la decisión ya fue tomada? Los argumentos democráticos nos dan la base para resolver esta cuestión. Tuvimos que decidir de algún modo: tuvimos un debate completo, libre y justo, después tuvimos la posibilidad de votar y eventualmente hubo una mayoría que triunfó. Esa es una forma de acercarnos hacia la legitimación. Tenemos que tratar de determinar si, en algún sentido, se puede decir algo similar a esto en el caso de una decisión de un tribunal.

Roberto Gargarella: Bueno, una cosa sólo porque me genera curiosidad. Usted insiste en que en estos temas polémicos hay dos posturas. Para mí, como dije, lo importante son los matices. Creo que perdemos algo muy importante si no ponemos el foco de atención ahí, que la gente puede modificar lo que piensa, aunque sea un poco, aunque sea en relación con ciertos matices. Por ejemplo, en el caso de aborto, ¿corresponde admitirlo hasta los tres meses, o hasta el cuarto mes también? En esa discusión, en apariencia lateral al debate, hay muchos aspectos importantes involucrados. Poder matizar la propia posición es crucial. El punto es: no es que estamos en contra o a favor del aborto, sino que muchísimos tenemos diferencias en cuanto al cuándo, en qué casos, bajo qué condiciones. Por eso, cuando nos enfocamos en los matices, en corregir un poquito lo que pensamos, ahí vemos la importancia de la deliberación. Si no, si insistimos en la existencia de dos posturas antagónicas enfrentadas, entonces las cosas se vuelven más problemáticas.

Jeremy Waldron: Estamos de acuerdo en eso.

Participante: Tengo dos preguntas. Primero, ¿podrían decir algo acerca de los tipos de argumentos que son apropiados para el reconocimiento judicial de derechos? Creo que una de las premisas del argumento para decidir sobre derechos en un cuerpo deliberativo es que todas las razones son apropiadas para deliberar. Sólo quería sacar a la luz eso como un elemento del argumento, y tal vez defender la idea de que no es el caso de que, como una cuestión de razón

pública o por alguna otra justificación, haya un subconjunto de argumentos que son legítimos y que debemos ocuparnos de ellos, y que los tribunales son mejores haciendo esto.

La otra pregunta es una idea conceptual, que viene de Hobbes, Locke y la Biblia, y es la idea de que uno no puede ser juez o jueza en su propia causa, y me pregunto si ustedes podrían decir algo acerca de eso, sólo una idea general y cómo es que se puede aplicar eso a esta discusión. Porque las personas, titulares de derechos, podrían quejarse: “Bueno, el Poder Legislativo ya tomó una decisión sobre esto, y si yo quiero reclamar, ¿por qué debería ir al mismo órgano que ya tomó una decisión al respecto?”. Necesito a alguien distinto que resuelva el conflicto entre mi persona y quienes tomaron la decisión. No sé si está bien formulado el punto, pero es una idea que se me cruza todo el tiempo en los grandes textos sobre la limitación y la necesidad del control judicial de constitucionalidad.

Jeremy Waldron: Usted tiene razón, y es un principio importante *nemo iudex in causa sua* —en latín suena mucho mejor— [risas]. Este principio debe ser entendido en sentido armónico con la necesidad de llegar a una eventual decisión. Más allá de quién tenga la última palabra, quien decide es, en algún sentido, juez o jueza en su propia causa, porque no está sólo llegando a una decisión, sino que lo está estableciendo de manera definitiva y resolutoria.

Se puede ver la decisión de quienes legislan como si fueran partes en la disputa o también se puede ver como si fueran jueces o juezas de la disputa. Y si usted ve a los legisladores y legisladoras como partes en la disputa, en cierto punto esto es correcto. Si pensamos que es muy importante que quienes legislan soporten las cargas y disfruten de los beneficios de las leyes que aprobaron, entonces son partes interesadas. De hecho, eso también es cierto en el caso de la justicia. No traemos jueces y juezas de otros países —quiero decir, a veces lo hacemos, en Nueva Zelanda la justicia de repente decide temas de las naciones del Pacífico Sur—, pero, en general, creo que es importante que los jueces y juezas sean ciudadanos y ciudadanas de los países en los que viven. Así también soportan las cargas y disfrutan de los beneficios de las leyes. Entonces, debemos tener cuidado con la lógica de eso en relación con estas características. No tengo mucho para decir sobre este punto, creo que Roberto va a tener más para decir.

Creo que usted sabe [refiriéndose a quien hizo la pregunta] que yo nunca fui un gran defensor de la perspectiva rawlsiana de las razones públicas, aquella según la cual las “razones religiosas son inapropiadas”. La gente debería tener siempre la posibilidad de exponer clara y abiertamente cuáles son las razones que piensan que son importantes. No queremos suprimir eso. Creo que ya hemos hablado mucho acerca de la importancia de las razones basadas en los intereses, incluso en cuestiones de principios. ¿Por qué? Porque la mayoría de las cuestiones

de principios son, en definitiva, cuestiones acerca de la importancia de ciertos intereses, así que no se trata sólo de leer a Immanuel Kant.

Roberto Gargarella: Sólo quiero agregar algo muy breve. Acerca de lo primero diría lo mismo que el Profesor Waldron, la misma crítica a la perspectiva rawlsiana: no queremos guardianes y guardianas de los argumentos. Jueces y juezas en la puerta diciendo: "Si tenés un buen argumento, entrás y si no, te vas". No queremos eso. Más que nada por las distorsiones que nacen a raíz de eso, pero también porque vivimos en una democracia y queremos que la gente diga lo que le parece de manera franca, y eso es crucial. De nuevo, lo que pasó con el debate del aborto me enseñó mucho: la gente llorando y mostrando sus emociones. Allí también tenemos la base de un argumento: en la expresión de esas emociones. Se puede aprender mucho de eso. Usted lo puede poner en términos más abstractos si quiere, pero es lo que esta persona está diciendo sobre sus problemas y sobre cómo es afectada por la ley. Por eso es que no quiero defender la idea de "los guardianes y guardianas de los argumentos".

Sobre el segundo punto, también estoy de acuerdo con el Profesor Waldron. Adhiero a lo dicho que, en algún punto, tiene algo del argumento más antiguo de los varios ofrecidos por Dworkin a favor del control judicial de constitucionalidad. La idea originaria de Dworkin decía que usted no puede decirles a quienes legislan que decidan, en última instancia, sobre algo acerca de lo que ya habían fijado posición al dictar la ley. Pero, frente a dicho argumento, pueden decirse varias cosas. Una alternativa —alguna vez sugerida por Tushnet— es la de recurrir a los legisladores y legisladoras, pero diciéndoles que, si quieren insistir con la ley cuestionada, lo hagan a través de una súper mayoría. Esa sería una posibilidad. Thomas Paine —un temprano radical mayoritarista— fue criticado en 1776 por razones parecidas y él respondió: "Bueno, pueden hacer muchas cosas si no les gusta lo que propongo", y tuvo algunas ideas sobre qué alternativas explorar (por ejemplo, él propuso dividir al azar el mismo cuerpo de representantes, para forzar debates más meditados). Así que no tenemos que renunciar a la regla de la mayoría o a las discusiones mayoritarias, a partir de críticas como las de Dworkin.

Por último, yo estoy más preocupado por la gente que queda afuera que por los legisladores y las legisladoras. Así que mi pregunta sería: si este asunto realmente nos divide tanto y es tan importante para nosotros y nosotras, ¿qué podemos hacer para tomar una decisión más legítima, pero también para tener más información y aprender más sobre otros puntos de vista? ¿Cómo lo hacemos en un debate público? Y, de nuevo, la gran esperanza en estos momentos de oscuridad es que veamos que el debate público abierto e inclusivo es posible. Así que no tomaría muy en cuenta la preocupación de Posner, porque la experiencia nos muestra que es posible hacer algo distinto, y que ése es justamente el punto crucial sobre el valor de los

procedimientos. Nosotros y nosotras podemos tener, y sabemos que podemos tener, procedimientos que nos pueden ayudar a mejorar nuestros mecanismos de toma de decisiones para que sean más inclusivos. Ahora sabemos que eso es posible. Tenemos que decidir, ahora que sabemos que esos mecanismos pueden funcionar: ¿queremos usar esos procedimientos inclusivos, sí o no? Entiendo —y esto es algo que también usted [Waldron] dijo— que para la legislación de todos los días necesitamos de la división del trabajo (no podemos hacer todo, todo el tiempo, entre todos y todas reunidos en una plaza). Pero aceptar, por estas razones, la división del trabajo va de la mano de reconocer que la representación es la segunda mejor opción. Está claro: no podemos reunirnos todos y todas en la plaza durante todo el día, queremos hacer otras cosas, mirar la televisión como los Simpson o dormir una siesta. Pero después, cuando discutimos acerca del aborto todos y todas queremos intervenir, y cuando discutimos sobre el sistema electoral muchísimos queremos participar. Por eso estoy en desacuerdo con Posner. Creo que la belleza en este tiempo, en este tiempo de oscuridad, es que tenemos algo de luz. Vemos la posibilidad de una discusión más abierta e inclusiva.

Participante: Tengo una pregunta muy corta para el Profesor Waldron. Me genera mucha curiosidad su posición en relación con las asambleas ciudadanas y otros grupos deliberativos. Esto es algo que ya discutimos en el curso de teoría de la democracia, pero quería hacerle una pregunta relacionada con esto. Usted dice que estos mecanismos van a terminar por convertirse en algo muy parecido a nuestra legislatura. Pero quería saber si comparte o acepta la idea de que este tipo de espacios pueden representar una forma de tomarse en serio el derecho a participar como un jurado en un proceso judicial... la posibilidad de estar ahí. Pareciera que estamos ganando algo ahí. Mi única duda es si usted acepta eso, que hay algo ahí que tenemos que reconocer.

Jeremy Waldron: Estos son característicamente cuerpos de unos pocos cientos de personas y pretenden ser representativos incluso cuando sus integrantes no son elegidos mediante elecciones. Son seleccionados al azar en base a algún criterio de diversidad, edad, representación geográfica. Así que no estamos hablando de mecanismos que permiten la participación de todas las personas, como lo es la representación electoral normal. Se trata de un proceso de empoderamiento de una fracción muy, muy pequeña de la población que finalmente participa en esta discusión. Puede ser admirable, y puede servir como un buen ejemplo para que el resto de la sociedad escuche, mire y aprenda. Una de las cosas que quería decir con relación a la pregunta anterior es que es realmente importante, para cualquier sistema de deliberación que tiene lugar en el marco de una institución —ya sea una asamblea ciudadana, un parlamento e incluso los tribunales—, que los miembros sean permeables, así se da una

especie de ida y vuelta o una deliberación más informal con toda la comunidad. Eso parece ser muy cierto en el proceso que describió Roberto del debate sobre aborto en Argentina.

En la era de las redes sociales, siempre hay generalmente una amplia deliberación, inclusividad y empoderamiento. Y cualquier deliberación altamente organizada que tengamos, tiene lugar en relación con eso. Lo único que me preocupa sobre el modelo de la asamblea ciudadana es que si no tiende a convertirse eventualmente en otro cuerpo representativo más —disciplinado por normas de rendición de cuentas, de justicia y equidad, etc.— va a adoptar una posición más superficial con relación a los asuntos políticos, porque asumirá que los asuntos políticos pueden ser considerados uno a uno por separado, en vez de ser tratados de manera conjunta en el contexto de responsabilidades presupuestarias o prioridades políticas. Así que suena bien porque podemos aislar un tema, por ejemplo, hablar de la reforma electoral, y decimos: “¿Podemos sólo concentrarnos en este tema en particular? No nos tenemos que preocupar por las implicancias presupuestarias, por la tasa de inflación, el desempleo, China o la política internacional ni nada de eso”. Es interesante cuando se les permite concentrarse en un solo tema, pero la vida de la política no es un tema sólo. La vida de la política implica tratar millones de temas que aparecen todos juntos, que deben ser resueltos simultáneamente porque forman parte de una sola matriz de tiempo y prioridades.

Roberto Gargarella: En primer lugar, pienso que las asambleas ciudadanas son sólo una de las posibles alternativas que tenemos a mano. De nuevo, lo que hemos estado viendo es que estas asambleas funcionan y hacen cosas interesantes. Pero para mí —insisto, el caso uruguayo o el aborto son ejemplos— la discusión se encuentra muy abierta. Es una posibilidad. La podemos querer adoptar y promover, sí o no, pero hoy —al menos— sabemos que este tipo de alternativas son posibles —no se trata de alternativas utópicas, como se pensó en algún momento.

Claro que no todos los temas tienen la misma importancia o relevancia. Pero pienso que tenemos que ir primero por esa opción. Yo estoy muy convencido, no sé si usted está de acuerdo conmigo, de las dificultades estructurales de nuestras instituciones actuales para representar la diversidad. Creo que hay algo ahí que no podemos recuperar.

En segundo lugar, sabemos de la burocratización y de la captura de los mecanismos de toma de decisiones. Se trata de cuestiones que ya resultaban claras en los momentos fundacionales en Estados Unidos o en América Latina, cuando se discutió acerca de qué sistema institucional adoptar y se pensó en arreglos institucionales alternativos. Elegimos una de esas posibilidades —la de la república representativa— que es la opción que Madison defendía, o la que usted defendería: un sistema de representación pensado como “filtro” sobre

la ciudadanía. Se optó por la representación como opción preferida y no como “mal necesario”. Pero, cuando se optó por dicha alternativa, ya eran claros cuáles eran los riesgos de esta opción que se estaba tomando.

Por supuesto que las alternativas también tienen muchos problemas —me refiero a las alternativas más democráticas, las más cercanas a formas de democracia directa. Es cierto. Pero el hecho es que elegimos la opción de “representación como filtro” y, por tanto, han aparecido todos los problemas que ya era claro, en su momento, que iban a aparecer —problemas que habían sido anticipados en su momento por los anti federalistas. Así que el dinosaurio está todavía ahí. El problema está ahí y tenemos que asumir eso: el problema democrático no va a desaparecer. Hoy los parlamentos muestran todos los problemas que sabemos que tienen en términos de burocracia, en términos de captura, en términos de una clase política que trabaja para sus propios intereses. Tenemos que afrontar eso, además del hecho de que vivimos en sociedades extremadamente multiculturales, así que también existe una especial dificultad para representar la diversidad. Hay una sociología política distinta, la sociedad cambió y tenemos que entenderlo, pero también sabemos de los problemas funcionales que imaginábamos que iban a llegar, y llegaron.

Participante: Tengo una pregunta para el Profesor Gargarella con relación al referéndum. Si entendí bien, usted dijo que sospechaba de la idea de decidir algunos temas a través del referéndum, en los ejemplos del Brexit y de Colombia, ¿no? Así que me gustaría que usted elaborara un poco más la idea. Me pregunto si su preocupación o sus sospechas están relacionadas con los resultados de estos referéndums. Usted mencionó que el Poder Ejecutivo podría manipular el referéndum, pero en el caso de Colombia, por ejemplo, el presidente perdió. Como un contraejemplo mencionó el caso de Irlanda con el aborto que, según lo que sé —puedo estar equivocado—, la criminalización del aborto fue establecida en una enmienda constitucional que se hizo por vía de referéndum. Así que, ¿cómo podemos distinguir cuándo, cómo y para qué temas pueden ser usados los referéndums?

Y para el Profesor Waldron, con relación también a los referéndums, usted dijo que en el caso del Brexit se tenía que decidir a través de un referéndum sobre quedarse o no en la Unión Europea porque era un asunto de necesidad, tal vez. “No había otra forma de hacer esto”, dijo usted. Así que me gustaría saber más sobre su opinión acerca del criterio para determinar si el referéndum es un buen mecanismo para el procedimiento de tomas de decisiones. ¿Es sólo una cuestión de necesidad o hay más criterios?

Jeremy Waldron: Voy a responder muy rápidamente a mi pregunta. No es que se tenía que hacer. Si iba a haber una decisión, tenía que ser tomada por referéndum. Creo que fue un

terrible error hacer ese referéndum. Pero la posibilidad de que Gran Bretaña se fuera de la Unión Europea por una simple ley del Parlamento o, peor aún, a través de la decisión de una asamblea ciudadana creo que hubiera sido absurda. Pero sólo para aclarar, no es que mi posición sea que el referéndum fuera necesario. Lo que digo es que, si había una duda en Gran Bretaña, sobre si irse o quedarse en la Unión, esa cuestión debía ser resuelta como se hizo, esto es, a través de un referéndum.

Roberto Gargarella: Muy rápidamente: mi posición sobre los referéndums no tiene nada que ver con los resultados obtenidos, en los hechos, a través del uso de estos. Por ejemplo, en el caso uruguayo yo estaba en contra de las dos opciones posibles que había en el plebiscito, pero estoy fascinado con el ejemplo y pienso que lo que hicieron en Uruguay fue fantástico en términos de discusión pública. Un referéndum que yo apoyaría es uno como el que se hizo en Irlanda, un referéndum que se lleva a cabo luego de un largo proceso de discusión pública. Y, por supuesto, insisto con el asunto de la concentración de autoridad, y pienso que eso fue lo que pasó en Inglaterra y en Colombia. ¿Por qué Pinochet y Fujimori organizaron con tanta ansiedad plebiscitos? No lo hicieron, claro, por tener la garantía de ganar (Pinochet, por ejemplo, perdió el plebiscito). Ellos querían recurrir al referéndum porque sabían —en tanto expresión del poder concentrado— que de ese modo quedaban en una posición aventajada, en una posición muy privilegiada para organizar las cosas a su favor. No queremos eso. Los referéndums son usados comúnmente en ese sentido si no nos aseguramos de que estén precedidos por un largo proceso de deliberación. Si no tenemos eso, si no nos garantizan eso, yo los rechazaría.

En el caso de Colombia, yo estuve muy en contra del plebiscito por la paz, pero no como lo estuvieron ciertos influyentes doctrinarios que nos decían: “Estamos hablando de paz y de derechos humanos y, por tanto, no podemos discutir democráticamente sobre estas cosas”. Yo creo lo contrario. Creo que sí podemos discutir, que sí podemos hacer un referéndum, pero necesitamos otra cosa: necesitamos un proceso previo de discusión calma, prolongada y clara, porque nuestras vidas están en juego. Necesitamos tomar esta decisión muy cuidadosamente. Después de eso, podemos hacer un plebiscito, pero no hay que apurarse, como Cameron se apuró en Inglaterra o como pasó en el caso de Colombia.

Participante: No sé mucho de estos temas, honestamente. Tengo preguntas más básicas vinculadas al modelo deliberativo. Quisiera saber si podrían hablar del rol de los actores más “públicos” en los juicios. Más específicamente, por ejemplo, en el caso del juicio a Eichmann, en donde había un componente de espectáculo que puede desarrollarse. Quiero decir, el de Eichmann fue un juicio penal, pero en cierto sentido puede pensarse algo así

también para “Roe v. Wade”, desarrollándose de forma más deliberativa, o aplicando las reglas de un proceso más deliberativo a los tribunales. Me preguntaba si eso toma algún elemento deliberativo pero aplicado a los tribunales en lugar de al Parlamento o algo así.

Roberto Gargarella: Tengo ejemplos muy parecidos. Conozco los detalles de los juicios por violaciones masivas a derechos humanos en Argentina en los que Carlos Nino estuvo muy involucrado. En esos casos, lo importante era abrir un proceso colectivo, que podía incluir eventualmente un juicio con un juez o jueza. Pero tenemos que estar seguros primero de haber discutido colectivamente sobre eso: “¿Cómo es que como sociedad vamos a atravesar este trauma?”. Por ejemplo, en Sudáfrica hicieron lo opuesto a lo que se hizo en mi país, en donde la solución fue el “juicio y castigo”. La idea no es sólo hacer lo que la ley dice o el derecho internacional dice, o dictar veinte o cien años de prisión. Yo no creo que esa sea una solución interesante. Tampoco digo que la solución correcta sea la sudafricana (que consistió en un intercambio de indultos por información, asumiendo que los juicios nos dan incentivos erróneos porque nos fuerzan al silencio, así que, si queremos darte un incentivo distinto para que nos digas la verdad, tenemos que indultarte). Pienso, sí, que la opción de “verdad por perdón” puede ser perfectamente aceptable como alternativa (no se trata de una decisión ni inmoral ni antijurídica) y, en algún sentido, es lo que hizo Uruguay. Así que creo que lo que la sociedad necesita es tomar esos traumas y discutirlos en profundidad. El juicio es algo interesante, ¿quién va a estar en contra del juicio a Eichmann? Pero, de todos modos, creo que perdemos algo ahí.

Estoy muy orgulloso de lo que hicimos en Argentina. Pienso que es lo único que hicimos realmente bien en toda nuestra historia: esos juicios. Estoy muy orgulloso de esos juicios. Pero, al mismo tiempo, creo que perdimos algo ahí, cuando pensamos que vamos a resolver semejante trauma condenando a alguien a cien años de prisión. Creo que esto es algo que tenemos que procesar de otro modo, que puede incluir un juicio, pero necesitamos un proceso, un proceso abierto e inclusivo.

Jeremy Waldron: Esa es una idea fascinante. Creo que no es posible estimar el impacto masivo de ese juicio en la discusión contemporánea y subsiguiente sobre el holocausto y las responsabilidades en el holocausto. Pero llevo su punto a algo más amplio, no pensando sólo en los juicios penales, sino pensando en el litigio, en el litigio constitucional. Pasé los mejores años de mi vida discutiendo sobre todo esto con Ronald Dworkin. Él elaboró un argumento muy poderoso en exactamente la misma línea que usted, que es que una discusión constitucional en un tribunal, estructurada y altamente apegada a reglas de procedimiento, puede tener como resultado un impacto tremendo en la discusión pública. La gente empieza a

pensar en acciones afirmativas de formas mucho más complejas por leer acerca de ellas en *The Times*, en *The New York Review of Books* o en donde sea. Parte de eso es Ronald Dworkin dándose una palmada en la espalda por haberse vuelto un reconocido divulgador de estos casos judiciales. Y otro reconocido divulgador es Gargarella, explicándonos también estos casos judiciales. Pienso que no tenemos que subestimar eso. Es algo muy, muy importante, saliendo de los juicios penales como el de Eichmann, para los casos en que se deciden cosas como aborto o acciones afirmativas en los tribunales. Muchas gracias.