

DISCUSIONES XII

Comunidad, Perdón
y Justicia



Director

Hernán G. Bouvier (Universidad Nacional de Córdoba - CONICET)

Secretaría de redacción

Inés Alvarez (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca)

Consejo Asesor

Macario Alemany (Universidad de Alicante, España)

Federico Arena (Universidad Bocconi, Milán, Italia)

Andrés Bouzat (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca)

Damiano Canale (Universidad Bocconi, Milán, Italia)

Laura Clérico (Universidad de Buenos Aires)

Sebastián Elías (Universidad de San Andrés, Buenos Aires)

Rafael Escudero Alday (Universidad Carlos III, Madrid, España)

Horacio Etchichury (Universidad Nacional de Córdoba - CONICET)

Paula Gaido (Universidad Nacional de Córdoba - CONICET)

Paul Hathazy (Universidad de Berkeley, Estados Unidos)

Giulio Itzcovich (Universidad de Brescia, Italia)

Juan Iosa (Universidad Nacional de Córdoba - CONICET)

Matías Irigoyen Testa (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca)

Guillermo Lariguet (Universidad Nacional de Córdoba - CONICET)

Laura Manrique (CONICET)

Giorgio Maniaci (Universidad de Palermo, Italia)

Diego Papayannis (Universidad de Girona, Cataluña, España)

José Peralta (Universidad Nacional de Córdoba - CONICET)

Francesca Poggi (Universidad de Milán, Italia)

Giovanni B. Ratti (Universidad de Génova, Italia)

Andrés Rosler (Universidad de Buenos Aires - CONICET)

Rodrigo Sánchez Brígido (Universidad Blas Pascal, Córdoba - UNC)

Hugo Seleme (Universidad Nacional de Córdoba - CONICET)

Aldo Schiavello (Universidad de Palermo, Italia)

Tobías Schleider (Universidad Nacional de Mar del Plata - CONICET)

Sebastián Torres (Universidad Nacional de Córdoba)

Giovanni Tuzet (Universidad Bocconi, Milán)

Sección *Discusiones: Cortes*

Responsables: Sebastián Elías, Paula Gaido, Rodrigo Sánchez Brígido

Sección: *Discusiones: Libros*

Responsable: Pau Luque Sánchez

Las sugerencias o colaboraciones deben enviarse a las siguientes direcciones:

Hernán G. Bouvier hernanbouvier@gmail.com

Inés Alvarez ialvarez@uns.edu.ar



ISSN 1515-7326

Diagramación interior: Alejandro Banegas

Julio 2013

© EdiUNS, 2013

Discusiones
Número XII
“Comunidad, Perdón y Justicia”
Sebastián Torres (Editor)

ÍNDICE

Presentación	5
Sección I: Discusión	
Introducción: Notas sobre la comunidad, el perdón y la justicia <i>Sebastián Torres (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)</i>	9
¿Cómo fundar una comunidad después del crimen? <i>Claudia Hilb (Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales, UBA - CONICET)</i>	31
¿Fundar una comunidad después del crimen? Anotaciones a un texto de Claudia Hilb <i>Diego Tatián (Universidad Nacional de Córdoba - CONICET)</i>	59
Anotaciones a las anotaciones de Diego Tatián <i>Claudia Hilb (Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales, UBA - CONICET)</i>	71
Sección II: Discusiones: Cortes	
Control de constitucionalidad y delegación legislativa <i>Rodrigo Sánchez Brígido (Universidad Nacional de Córdoba - Universidad Blas Pascal, Córdoba)</i>	81
Sección III: Discusiones: Libros	
Justicia y Fraternidad Social: ¿Qué Ética Individual exige la Justicia Socialista? <i>Cristián A. Fatauros (Universidad Nacional de Córdoba - CONICET)</i>	103
Sección IV: Balance de una Discusión	
Balance de una Discusión: “Derechos y Justicia Constitucional” revisitado <i>Juan M. Mocoeroa (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)</i>	121
Instrucciones para los autores	197

Presentación

El diálogo y debate abierto posee un valor especial. Contribuye a enriquecer y diversificar la vida en común. En este sentido, el diálogo y debate filosófico resulta una parte importante de este ámbito público más amplio que resulta valioso enriquecer. Someter las ideas y pareceres al diálogo y al debate supone hacer uso de la libertad de expresión sin que ello implique inmunidad a la objeción. La importancia del diálogo y el debate filosófico sin inmunidad a la objeción, enmarcado en un ámbito de construcción común más amplio, es lo que impulsa *DISCUSIONES*, una revista dedicada al análisis de problemas de teoría del derecho, ética, filosofía política y social.

Esta revista no pretende ser el órgano de difusión de ninguna escuela filosófica en particular y, por consiguiente, espera beneficiarse del debate entre diversas corrientes de pensamiento. *DISCUSIONES* intenta ofrecer un marco de intercambio que permita la crítica y la defensa de las ideas presentadas. Cada número de la revista constará de cuatro secciones: la sección principal será dedicada a la discusión de un trabajo central, seguido por una serie de estudios críticos y una réplica por parte de los autores del trabajo principal. La sección *Discusiones: Cortes* estará destinada a discutir críticamente un fallo o línea jurisprudencial de alguna Corte o Tribunal de relevancia. La sección *Discusiones: Libros* destinada a discutir una idea central presente en un texto considerado clásico o de reciente aparición. Por último, la sección *Discusiones: Balance* consistirá en un apartado dedicado a retomar discusiones anteriores que han tenido lugar en esta revista intentando proyectarlas hacia el futuro. El objetivo de *DISCUSIONES* es integrar ámbitos de debate, conectar grupos de investigación de distintos lugares del mundo y ofrecer un espacio institucional para tareas comunes. En este sentido, invitamos

calurosamente a proponer temas de debate o a asumir las tareas de editor y a proponer a evaluación textos para las otras secciones. La recepción y aceptación de las propuestas de debate, así como también de la calidad de los trabajos centrales de cada discusión y del resto de las secciones estará a cargo de la dirección de la revista y del Consejo Asesor, quien las evaluará mediante referato.

Sección I
Discusión

Introducción: Notas sobre la comunidad, el perdón y la justicia

Sebastián Torres

(Universidad Nacional de Córdoba,
Argentina)

*Haber hecho a un hombre más daño del que cree poder expiar,
inclina al ofensor a odiar a la víctima. Porque debe esperar
de ella venganza o perdón, cosas ambas odiosas*
Hobbes, *Leviatán*, cap. IX

La discusión

Los términos discusión, polémica, conversación, le caben en diferente medida al intercambio entre Claudia Hilb y Diego Tatián publicado en este número de *Discusiones*. El texto de Hilb, “¿Cómo fundar una comunidad después del crimen? Una reflexión sobre el carácter político del perdón y la reconciliación, a la luz de los Juicios a las Juntas en la Argentina y de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación en Sudáfrica”, fue leído y discutido en una versión más reducida en las *II Jornadas Internacionales Arendt*, realizadas en la Universidad Nacional de Córdoba en noviembre del 2010¹. Allí inició un intercambio con Tatián,

¹ Esa versión fue recientemente publicada con el título “Justicia, reconciliación, perdón ¿Cómo fundar una comunidad después del crimen?” en *Lecturas de Arendt. Diálogos con la literatura, la filosofía y la política*, J. Smola, C. Bacci y P. Hunziker (edit), Editorial Brujas, Córdoba 2012. Hasta donde sabemos, el texto fue presentado por primera vez en el *Símpoio Hannah Arendt, III Congreso Colombiano de Filosofía*, Cali, Colombia, octubre 2010; también en el Seminario d’Història de la Filosofia, Universidad de Barcelona, España, octubre de 2010;

origen del texto que aquí se publica, “¿Fundar una comunidad después del crimen? Anotaciones a un texto de Claudia Hilb”, leído y discutido, en una mesa junto a Hilb, en el *III Encuentro de grupos de investigación en Teoría Política*, realizado en la ciudad de Córdoba en octubre del 2012. Intercambio que finaliza con la respuesta de Hilb “Anotaciones a las anotaciones de Diego Tatián”. Como podrá apreciarse, los textos que aquí se publican han sido acompañados por sendas discusiones donde han participado muchos colegas; esperamos que su edición amplíe el espacio de estas fundamentales y necesarias conversaciones.

En “¿Cómo fundar una comunidad después del crimen?...”, Claudia Hilb propone una doble entrada para analizar los motivos y consecuencias de que en la Argentina se haya obturado la posibilidad para que represores y miembros de las organizaciones involucradas en la lucha armada puedan reflexionar sobre su propia acción y su responsabilidad sobre el Terror de la década del setenta. Una cuestión que Hilb plantea a partir de una revisión sobre la modalidad adoptada en la Argentina para llevar adelante los juicios a los represores. Esa doble entrada es propuesta: a partir de la contrastación con otro caso ejemplar, la labor realizada por Comisión de Verdad y Reconciliación (CVR) creada en Sudáfrica en 1995; analizado conjuntamente con el caso argentino a partir de un conjunto de categorías resultantes de una

y luego en I Seminario Internacional “Nuevos comienzos democráticos: justicia, verdad y reconciliación en Argentina, Uruguay y Sudáfrica”, Instituto Gino Germani, Buenos Aires, diciembre de 2011. Este seminario es el resultado del proyecto conjunto de investigación “Nuevos Comienzos: Argentina y Sudáfrica. Un estudio comparativo de la puesta en forma retórica de la democracia”. Instituto de Investigaciones Gino Germani (Universidad de Buenos Aires) / Centre for Rhetoric Studies (University of Cape Town) dirigido por Claudia Hilb. Su texto, con el título “Justicia, reconciliación, perdón”, ha sido publicado en *African Yearbook of Rhetoric* 3, 2, 2012, edición a cargo de Hilb y Philippe-Joseph Salazar; en este escrito remite a un texto anterior directamente ligado al tema “Virtuous justice, and its Price in truth in post-dictatorial Argentina”, *African Yearbook of Rhetoric* 2, 1, 2011. Ambos artículos, como otras contribuciones de mucho interés, se encuentran en <http://www.africanrhetoric.org>.

reflexión sobre la obra de Hannah Arendt, interrogándola sobre el carácter político del *perdón*, de la *responsabilidad* y de la *reconciliación*, donde se pone en juego la relación entre el pensar (la reflexión) y el arrepentimiento, entre el mal y la ausencia de pensamiento. Un recorrido que, como lo indica el título principal de su texto, se orienta por el interrogante sobre la posibilidad de generar las condiciones que hagan posible un “nuevo comienzo” para una sociedad signada por la violencia política. Una de las tesis que Hilb desprende a partir del análisis de la obra de Arendt y la diferencia entre el caso Argentino, centrado en los Juicios y la justicia, y el Africano, centrado en la Verdad y la Reconciliación, es que “es probable que en un caso —el de la Argentina— la resolución haya pagado un precio en Verdad; es probable que en otro caso —el de Sudáfrica— se haya pagado un precio en Justicia”: posibilidad que demostrará, principalmente en lo que se refiere al caso argentino. Por supuesto, esta provocadora tesis —en el mejor sentido del término, polémica en relación a lo que considera ha sido el modo dominante en el tratamiento de estas cuestiones en nuestro contexto político e intelectual— es desarrollada a partir de un atento análisis de la obra de Arendt y una detenida argumentación en donde se teje el ejercicio de contrastación entre Sudáfrica y la Argentina.

El escrito de Diego Tatián, como lo refleja su título “¿Fundar una comunidad después del crimen?”, se ordena a partir de un cuestionamiento sobre los supuestos que orientan el objetivo anunciado por Hilb, a partir del cual propone cinco anotaciones que tocan a varios de sus núcleos argumentativos, concentrados en un ineludible contrapunto con las afirmaciones ligadas al caso argentino y, solo de manera subsidiaria, referidos a la interpretación que Hilb propone de Arendt y del caso sudafricano. Difícil de resumir, no solo por la variedad de puntos que recorre, sino también por una prosa atenta a la carnadura del lenguaje, donde la pregunta por cómo reconstruir y restituir una vida colectiva no encuentra un límite en la hondura del dolor abierto e inolvidable, sino las condiciones mismas de su comprensión y reparación. Esquivo a hablar de Justicia, sin embargo recorre los difíciles caminos que hacen de la Argentina un lugar que, negando la

impunidad, ha producido y promovido una profunda reflexión política y una activa militancia, que no ha dejado de afrontar, con todas las dificultades del caso, el problema de la violencia.

Las respuestas de Claudia Hilb —expresadas en ocho breves anotaciones— discuten, aclaran, corrigen y disienten sobre la lectura que Tatián hace de su texto y sobre la posición que toma para responder a él. La respuesta no innova en relación a lo sostenido en el escrito inicial, pero ilustra con mayor claridad su perspectiva. Aunque sucede en muchas polémicas, en ésta en particular y con mayor evidencia parece haber dos opciones para leer el conflicto final de las interpretaciones sobre los hechos y lo dicho: en un caso, se trata de un desacuerdo, encuentro de posiciones diferentes, a veces antagónicas, irreductibles unas a otras; en el otro caso, se trata de un malentendido, en parte por la atribución de tesis no sostenidas o de conclusiones a las que no se ha llegado, en parte porque el abordaje de la cuestión se realiza desde otro punto de vista, que circularía por un carril paralelo sin tocar el argumento central. Quedará a criterio de los lectores valorar el resultado de este intercambio. Pero, más allá de las complejidades propias del texto inicial de Hilb y de ciertos giros argumentales, las respuestas que le suceden carecen de ambigüedades.

Por esta razón, poco queda por introducir, aclarar o contextualizar. Motivo por el cual nos hemos tomado el permiso de continuar con algunas reflexiones que entendemos pueden contribuir a explorar algunos de los desacuerdos presentes en ella así como ampliar algunos de los elementos que han sido expuestos. Partimos de una idea: *es difícil sostener que el núcleo del desacuerdo se funda en un malentendido*, acaso porque nosotros no podamos sino hablar de lo mismo (lo ha hecho la filosofía, las ciencias políticas, sociales y jurídicas, el cine, las artes plásticas y la literatura), aunque recurramos a lenguajes diversos, propongamos descripciones diferentes, apelemos a fuentes varias y, por supuesto, adoptemos diferentes perspectivas o nos ubiquemos en posiciones contrarias, en muchos casos irreconciliables. Nada de esto, propio de cualquier discusión, pero más aún en este caso particular —que es la forma en que intentamos establecer un trato con la experiencia del terror e indicar los caminos de nuestras esperanzas—, ha

limitado la discusión, la conversación y la reflexión, que conducen nuestro mejor legado de la política democrática.

El lenguaje de la “transición”

Perdón, reconciliación, reparación, memoria, olvido, responsabilidad, promesa, culpa, venganza, arrepentimiento, son algunos de los varios términos que han asaltado el lenguaje ligado al espacio de la denominada “justicia transicional”². Términos que forman parte de nuestra cultura coloquial, la mayoría de ellos poco técnicos tanto para el derecho como para la filosofía, y que sin embargo arrojan luz sobre acontecimientos para los que los lenguajes disciplinares no ofrece respuestas ni inmediatas ni últimas. Términos que conviven con las más conocidas ideas —aunque no más claras y evidentes— de justicia, verdad, ley, pena, Estado, democracia: no anulándolas, sino mostrando su otro costado, sea mostrando sus límites o ampliando sus promesas. Dejar ingresar este lenguaje a nuestras reflexiones sin pretender depurarlas de inmediato de esta terminología heterodoxa ni reducirlo a objeto de una psicología de la catástrofe, nos permite comprender las cuestiones que aquí están en discusión. En algunos casos se hace evidente su contenido moral y ético, a veces religioso; incluso podríamos hablar del retorno de un lenguaje arcaico, mítico, previo a la institución del derecho público y penal moderno. Sin embargo, conviene reconocer que ciertos acontecimientos hacen emerger una densidad propia de nuestro lenguaje, más “antiguo” que la validez o vigencia declarada por la razón crítica, restituyendo a la vez que alterando su *ethos* social. Por otra parte, muchos de estos términos y sus significados más profundos se han mantenido tras varias de las figuras todavía actuales del derecho y la política —más allá del caso sudafricano—: tal es el caso, por ejemplo, de la paradigmática ley de amnistía³, que curiosamente nos

² Elster, J., “Memoria y justicia transicional”, *Memoria y derecho penal*, P. D. Eiroa y J. M. Otero (Comp.), Buenos Aires, Di Plácido Editor, 2007.

³ Loreaux, N., *La ciudad dividida. El olvido en la memoria de Atenas*, Buenos Aires, Katz, 2008, *cfr.*, principalmente los caps. VI y XI.

extraña menos que las más recientes leyes denominadas de la memoria⁴, hecho que pone en entredicho la vulgata aparentemente indiscutible de que vivimos en una cultura histórica.

En el intercambio entre Hilb y Tatián podemos encontrar la razón en una “economía del perdón” o considerar que el perdón es política e institucionalmente imposible, pero no podemos ignorar que la cuestión del perdón está ahí, institucionalizado en la CVR sudafricana y públicamente rechazado en la Argentina, pero presente al fin en todos los procesos políticos que enfrentan un pasado violento y criminal⁵. Un pasado que involucra a la sociedad en cuanto tal en una doble referencia: porque cuando es el Estado agente del terror, no es posible imaginar a *la* sociedad como víctima, a no ser que conservemos una imagen ingenua del Estado como un poder separado de los intereses de grupos sociales; porque el después del terror expone a la sociedad a la imposibilidad de concebirse una comunidad, en un sentido muy diferente —aunque no absolutamente extraño— a las ya conocidas fracturas producidas por la modernidad capitalista (tomemos esta distinción entre sociedad y comunidad como el punto de inflexión entre un agrupamiento de hecho y una expectativa de lo común). La cuestión del perdón, del arrepentimiento, de la reconciliación, su emergencia,

⁴ Traverso, E., *La historia como campo de batalla. Interpretar la violencia del siglo XX*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2012 (en especial el cap. VIII).

⁵ Además de los conocidos escritos de Derrida, J., “El siglo y el perdón”, en *El siglo y el perdón seguida de Fe y saber*, Buenos Aires, Ediciones de la Flor, 2003; “Justicia y perdón”, Entrevista de Antoine Spire en *Staccato*, 1998 (ambos en *Derrida en Castellano* <http://www.jacquesderrida.com.ar>) y Jankélévitch, V., *El perdón*, Editorial Seix-Barral, Barcelona 1999; uno de los fundamentales trabajos de referencia es Lefranc, S., *Politiques du pardon*, Presses Universitaires de France, París, 2002 (*Políticas del perdón*, Ediciones Cátedra-Universidad de Valencia, Madrid, 2004). También puede verse “Aquello que no se conmemora. ¿Democracias sin un pasado compartido?”, *Revista de Ciencia Política*, vol. XXIII, n° 2, 2003 (<http://www.scielo.cl/pdf/revcipol/v23n2/art11.pdf>) y “Enjeux et limites de la distanciation. Du sujet «réconcilié» à la réconciliation avec l’objet”, *AFSP- Colloque «Les violences extrêmes», 29 et 30 novembre 2001* (<http://www.afsp.msh-paris.fr/archives/2001/violencestxt/lefranc.pdf>).

puede iluminar estas dificultades. No por ello, sin embargo, les da una respuesta. Si bien nuestras instituciones modernas han excluido de sus formas a un importante espectro de los lenguajes con los que enfrentamos los dramas más terribles —y cuya arqueología no resultaría vana—, es también verdad que ciertos acontecimientos han producido un quiebre en el mismo lenguaje de la comunidad, haciendo imposible o inconcebible lo que en otro momento fuera una respuesta, siempre frágil y no necesariamente satisfactoria, pero apoyada en el suelo todavía vivo de una lengua común.

Una cuestión que toca una de las fibras del intercambio entre Hilb y Tatián es, a nuestro entender, la difícil tarea en la que se ve necesariamente envuelta una sociedad para reconstruir y reinventar una comunidad de habla (en sentido material, no trascendental), una lengua propia que pueda dar sentido a sus actos, colectivos e individuales, institucionales, a sus desacuerdos y consensos, un lenguaje que permita una conversación entre generaciones (que naturalmente llegan a un mundo en un estado de la lengua), que de diferentes maneras forman parte de la “lengua nacional”. Así, perdón, reconciliación, entre otros términos, expresan algo que va más allá de la posibilidad de su justificación, ética, filosófica o política. Una pregunta posible es si este lenguaje es una respuesta frente al crimen, otra no menos fundamental y quizás anterior, es qué ha producido el terrorismo de Estado con nuestro lenguaje y las experiencias a las que refiere para que estas palabras ya no signifiquen lo que esperaríamos, y de qué manera recrear una lengua que nos permita comprender y actuar.

Justicia y verdad

La pregunta de Hilb ¿Cómo fundar una comunidad después del crimen?, y los cuestionamientos de Tatián sobre el modo de este interrogante, inscriben la discusión sobre el proceso jurídico sudafricano y argentino también en la difícil e inevitable cuestión de la Justicia, que es donde encuentra sentido la pregunta por la comunidad política, si es que esta pregunta tiene sentido. Tatián lee los juicios como la imperiosa necesidad de activar la justicia, idea que inmediatamente aclara, pues de

lo que se trata en esta discusión es del castigo, “que en rigor jamás restablece la justicia, ni la produce” sino que busca evitar los efectos insoportables de la impunidad. Por su parte, cuando Hilb contrapone Verdad a Justicia, entendemos que su operación le cabe principalmente también a la idea de justicia penal (es desde esta perspectiva que, para muchos intelectuales, Sudáfrica se transformó en una posibilidad no determinada por la justicia punitiva⁶). Pero ¿cuál es esa otra Justicia que, no asimilable a la justicia penal, funda la comunidad? ¿Cuál es el lazo no mencionado entre esa otra Justicia (que, si diferente a la justicia penal, le corresponde propiamente la mayúscula) y la Verdad? ¿De qué manera se traza ese lazo oculto entre Verdad, Reconciliación (unidos, a su vez, con la culpa y el perdón) y una Justicia en principio no nombrada?⁷ ¿Es acaso la Reconciliación el término que ocupa el lugar y da sentido a la Justicia (por ello, no identificado con la justicia penal)?⁸.

Tatián cuestiona esta contraposición entre Verdad y Justicia. No identifica la Justicia con la justicia penal, pero tampoco priva a esta última de una verdad, aquella que se abre en la lucha contra la impunidad, fundada en la mentira, la negación y el olvido. Podríamos discutir aquí si la connotación que posee la Verdad —puesta por Hilb con mayúscula— quiere decir algo más que la verdad fáctica, la

⁶ Rivas Pala, P., “Perdón, derecho y política. Consideraciones a propósito de la Truth and Reconciliation Commission”, *Isonomía*, n.º. 34, abril 2011; Eiroa, P. D., “Memoria y justicia en la experiencia de la comisión sudafricana para la verdad y la reconciliación”, en *Memoria y derecho penal*, op. cit.

⁷ Imaginamos que Hilb, aguda lectora de Leo Strauss, no ignora el “primer” juicio que funda occidente, el de Sócrates, así como el relato de Platón frente a la democracia posterior a la tiranía de los treinta y la guerra civil. La relación entre verdad, justicia y castigo está desde sus orígenes ligada a la cuestión democrática, la *stasis* y la reconciliación. En esta dirección, los trabajos de Nicole Loraux y Barbara Cassin que citamos en este texto resultan iluminadores.

⁸ Pues incluso previo a la irrupción del lenguaje cristiano del perdón, la justicia estuvo ligada a ciertas formas de la reconciliación comunitaria, fundación que era siempre restitución de un orden perdido a causa de un acto criminal, distribuyendo y retribuyendo premios y castigos □ recordemos aquí Aneximando y Solón.

descripción verídica de los hechos; que es, por otra parte, la verdad que se activa en un proceso penal, por lo cual sería por lo menos difícil transformarla en un término opuesto o, cuanto menos, en términos que se limitan mutuamente (¿hay acaso una Verdad que se sigue de la comprensión? ¿esa Verdad, cuyo efecto práctico es el arrepentimiento y la posibilidad del perdón, es la reconciliación?). Así como en Hilb la cuestión del perdón se juega entre dos sentidos, una “economía del perdón” más pragmática y un perdón reconciliador, también la cuestión de la verdad parece jugarse entre dos extremos no siempre reconocibles, entre la verdad de hecho y una verdad ético-política. En la respuesta de Tatián es otra la lógica: allí las verdades de hecho se juegan frente al necesario rechazo de la impunidad. Por esa vía, que reconoce no es la de la Justicia, se abre sin embargo el interrogante social por la Justicia. En la Argentina, la justicia, lejos de ser un *Deus absconditus*, ha encontrado una expresión situada y una carnadura propia en los Derechos Humanos, cuya extensión de su sentido traza una línea de comunicación entre el pasado, el presente y el futuro.

Fundación

En el hecho jurídico, la utilización de figuras como el genocidio, el crimen de lesa humanidad, la imprescriptibilidad, así como las discusiones sobre la no retroactividad de la ley, el lugar de los tratados internacionales, entre otras cuestiones no exentas de mayores o menores tecnicismos (como la cuestión de los grados de responsabilidad), han abierto a polémicas cuyo núcleo de fondo es el tipo de justicia que en su aplicación funda la recuperada democracia. En un sentido, esas polémicas no difieren sustancialmente de la aquí presentada, pues sabemos que las decisiones institucionales adoptadas, así como el modo en que son fundamentadas y la interpretación e interpelación pública que se hace frente a ellas determinan en gran medida el horizonte, más o menos limitado, de lo que consideramos posible y deseable.

Cierto es que pasar de discusiones técnicas o teóricas a aquellas donde ingresa el lenguaje del drama social y las expectativas colectivas requiere asumir una perspectiva más amplia que la lógica argumental

que suele definir las características propias de las disciplinas, sean jurídicas o filosóficas. Hilb, en su respuesta a Tatián, pone límites al alcance que pretendía darle a su reflexión sobre el perdón; sin embargo en su recorrido por la obra de Arendt va indicando diferentes efectos que van más allá de una economía del perdón (ausente en Arendt, como lo indica Tatián) y de su conexión con el recurso jurídico de la amnistía, recuperado de la CVR sudafricana⁹.

Es posible que la amnistía ligada al intercambio por el testimonio propuesta por la CVR sudafricana logre conjurar su más evidente e inmediato significado de olvido, efecto fundado en la dimensión económica del perdón¹⁰, sin embargo, es la misma lógica económica la que nos hace dudar de su poder para involucrar el lugar más íntimo de la conciencia y la reflexividad sobre los crímenes cometidos. Pero Tatián no se detiene en lo que podría ser una inconsistencia o salto argumental (de la verbalidad a la reflexividad, del testimonio a la toma de conciencia), porque su planteo no trata de proponer otra estrategia para romper la posible falsedad de la relación entre foro interno y foro externo, tarea por demás imposible, a nuestro entender solo franqueable por el supuesto de la confianza y el hecho del reconocimiento, que fundan la promesa mutua: lo que justamente ha sido negado con la eliminación violenta del otro. No es la Verdad lo que se opone inmediatamente a la mentira, sino cierta forma del juramento, que tiene una dimensión y un sentido más vasto y profundo que el juramento

⁹ Más concesiva con Arendt que en otra ocasión, aunque no menos aguda, quizás a la cuestión del perdón le caben las mismas ambigüedades y las posibles consecuencias que, según Hilb, se siguen de su reflexión sobre la violencia. Hilb, C., “Violencia y política en la obra de Hannah Arendt”, *Sociología*, año 16, n° 47, septiembre-diciembre de 2001 (<http://www.revista.sociologica.com.mx/pdf/4702.pdf>).

¹⁰ Aunque la relación entre memoria y olvido, que ocupa un lugar central en este campo de discusiones, trasciende el problema del conocimiento de las verdades de hecho y los recursos del negacionismo, para entablar una relación —por supuesto compleja— con la justicia. Puede verse Ricoeur, P., *La memoria, la historia, el olvido*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2004, en particular el Epílogo, titulado “El difícil perdón”, donde interroga las pretensiones de la CVR (pp. 617-621).

declarativo que antecede a toda palabra en el interior de un proceso judicial: en un caso la figura es “juro decir la verdad”, en el otro, “Nunca más”, expresión que podría leerse en esa dimensión ampliada no fáctica, como juramento y como promesa¹¹, imposible sin embargo sin la incondicional renuncia efectiva a la impunidad. Relación compleja, múltiple y difícil, para nada necesaria ni garantía última de un futuro en el que el terror esté absolutamente conjurado, pues no es un acto —acto judicial de juzgar y condenar, o bien, acto de perdonar— el “origen” de la comunidad democrática, sino un hacer permanente, acompañado de una comprensión ampliada, donde el dolor permanece también porque se descubre permanentemente.

El problema que señala Tatián en torno a la pregunta fundacionalista no es metafísico o epistemológico sino político. Que una comunidad no se funda no solo quiere decir que en un acto paradigmático no se resuelve la relación con el pasado; también puede querer decir que no somos dueños del futuro, en la medida en que los efectos de las acciones son múltiples e indeterminados, se construyen y definen permanentemente. Y esa indeterminación entendemos constituye el trasfondo sobre el que se recorta la forma en que propone redefinir la pregunta, cuya extensión da cuenta de su propia contingencia y de la tarea permanente que demanda al pensamiento, al lenguaje y la acción constituirse entre lo irreversible y lo indeterminado. Por ello también, no es menor señalar el modo en que pensamos la diferencia entre las dos generaciones de los juicios, los de la década del ochenta y los de la primera década del 2000 aún en curso, para (sin desconocer el fundamental sentido de los primeros) alejarse de la lógica fundacional (de por sí refutada por la década de los noventa, como lo sugiere Tatián). Que en los actuales juicios hayan aparecido nuevos testimonios y nuevas generaciones de querellantes muestra que el tiempo, aunque esperanzadoramente orientado a partir de un acto original, no es algo que de ahí en más transcurre direccionalmente: el tiempo también llega.

¹¹ Debo esta referencia sobre la promesa a la intervención de Carolina Rusca en una mesa dedicada a discutir el texto de Hilb, realizada en el marco de la cátedra de Filosofía Política II de la Escuela de Filosofía de la Universidad Nacional de Córdoba, en septiembre de 2012.

En el planteo de Hilb se combina una dimensión fundacional de la comunidad con una dimensión pragmática del perdón, original forma de un contractualismo donde se fusiona el más llano interés y la moralidad reflexiva. Un contractualismo que recurre al método inverso del “velo de la ignorancia” rawlsiano, pues cada uno debe saber y reconocer el lugar que ocupa en la escena postdictatorial, exponerse ante los demás y aceptar lo que se siga de ello. Así, da la impresión que el proceso para-judicial (como el de la CVR) y el proceso de constitución contractual del lazo comunitario son enlazados remitiéndonos a un arcano donde las partes conjuran un conflicto originario y son reubicadas en el orden verdadero de la *communitas*, resultante de un singular tipo de pacto (aunque Hilb no se detenga en este punto, no es posible comprender el pretendido poder instituyente de la Comisión de Verdad y Reconciliación sin considerarla conjuntamente con la nueva Constitución Sudafricana). En el profundo sentido que adquiere la idea de fundación en el planteo de Hilb, podría entenderse que la verdad no se reduce a la recolección de testimonios verídicos; volvemos a interrogarnos, cuál es esa Verdad —con mayúscula— que funda la comunidad. ¿Acaso esa Verdad puede expresarse de manera negativa: no debería haber matado y torturado, no debería haber confundido política y violencia? Aunque devenida relación pragmática, Verdad y Comunidad se ligan de manera positiva en la medida en que se identifican: la verdad *es* la comunidad. Reconciliarse con la verdad es, a partir del arrepentimiento, restituir una comunidad perdida. Hilb no sostiene directamente esta tesis, pero en la respuesta al escrito de Tatián, donde la dimensión pragmática de su planteo se hace más evidente, se hace más necesario también interrogarse por una operación que sin dudas va más allá de una comparación iluminadora.

Venganza y Justicia

Entre el amplio espectro del lenguaje que se activa en esta polémica, hay un término no dicho y que creo, podría estar en el fondo del señalamiento de los límites de la justicia penal y del recurso a la idea de perdón: la *venganza* (término que sí aparece en el proceso sudafricano).

Porque en la larga tradición de estos conceptos, la diferencia fundamental entre la justicia punitiva y el perdón es su supuesta capacidad para interrumpir el círculo violento de la venganza (directamente ligado, por ello, con la amnistía¹²). En la relación perdón-venganza la justicia punitiva es puesta bajo la lupa como la continuación de la violencia por otros medios, cuya legitimidad e impersonalidad permitiría una interrupción del círculo de la venganza privada —puesto que la legitimidad así como la impersonalidad son disuasivos de la devolución del daño sufrido: ya no hay justificación colectiva compartida para la venganza—, y sobre todo no hay contra quién vengarse¹³ —pero no necesariamente posibilitaría una interrupción del resentimiento político que la acompaña—. Solo el perdón, entonces, sería un intercambio que, con independencia de la compleja experiencia individual a la que remite (difícil de ser interpretado por fuera del signo cristiano del amor, más allá de las reflexiones de Arendt), no devuelve daño al daño.

No solo en Sudáfrica (en la misma Constitución) se invocó el término venganza para oponerle el conjunto de términos asociados a la posibilidad del perdón, en una escena donde posiblemente encuentre un asidero político real. En la Argentina no ha faltado una “opinión pública” que ha catalogado de venganza a los juicios reiniciados a partir de la década del 2000, no solo porque la justicia siempre puede caer bajo la acusación de parcialidad, sino porque quienes estarían hoy en la justicia serían las “víctimas” que han encontrado su oportunidad para la venganza (diferente a los juicios de Alfonsín¹⁴). Que en el 2004 Néstor

¹² Recomiendo la lectura de este breve escrito de Carl Schmitt, “Amnistía”, diario *El país*, Madrid, 21 de enero de 1977 (momento de plena transición del franquismo), para ver el por lo menos curioso pasaje desde el teórico de la relación amigo-enemigo al discurso de la reconciliación.

¹³ Directa o indirectamente, el influyente trabajo de René Girard, en particular *La violencia y lo sagrado* (Anagrama, Barcelona, 1983), está a la base de gran parte de estas interpretaciones.

¹⁴ Raúl Alfonsín (1927-2009), primer presidente constitucional de Argentina luego de la dictadura cívico-militar instaurada entre los años 1976-1983. En 1983 derogó la ley de autoamnistía emitida por el gobierno de facto e impulsó

Kirchner¹⁵, en el recordado discurso donde pide perdón en nombre del Estado argentino, afirma que la continuación de los juicios no la motiva “ni el rencor ni el odio, sino la justicia y la lucha contra la impunidad”, es un signo de la presencia del problema en la justicia transicional.

No nos vamos a detener para analizar esta pasión, que poco ha sido explorada en las actuales reflexiones sobre la justicia, y que sin dudas está ligada al carácter irreparable y constante de ciertos daños¹⁶ (y también a la misma historia argentina: basta recordar el asesinato de Ramón L. Falcón¹⁷ para pensar que la venganza va más allá de las fantasías literarias, que por lo demás no han dejado de ocupar un lugar en el cine y la televisión nacional, sin olvidar también la polémica Bayer-Giardinelli, entre otras). Sí indicar que en la Argentina, luego de los insoportables crímenes, de las leyes de obediencia debida y punto final, de los indultos, no ha existido un solo caso de “venganza”. No nos

el juicio a la Junta militar. En el mismo acto creó la CONADEP (Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas), que un año después presentó el conocido informe titulado *Nunca más*. Entre 1986 y 1987, por presiones de los sectores militares activos, formuló las leyes de Punto Final y Obediencia debida, que establecieron un límite para los juicios a los criminales de Estado.

¹⁵ Néstor Kirchner (1950-2010), presidente constitucional de Argentina entre el 2003-2007. En 2003 impulsó la derogación de las leyes de Punto final, Obediencia Debida y los indultos otorgados por el gobierno del presidente Carlos Menem (que sucedió a Alfonsín), reactualizando los juicios a los criminales de Estado, que continúan hasta el día de hoy bajo la presidencia de Cristina Fernández de Kirchner.

¹⁶ Me permito referir a Torres, S., “«Mirarse a la cara»: venganza, memoria y justicia, entre Hobbes y Spinoza”, Revista *Anacronismo e irrupción*, vol. 2, Nº 2 (2012), Instituto de Investigaciones Gino Germani, Universidad de Buenos Aires.

<http://revistasiiigg.sociales.uba.ar/index.php/anacronismo/issue/current>

¹⁷ El coronel Ramón Lorenzo Falcón (1855-1909) fue un militar, policía y político argentino que, como Jefe de Policía de la Capital, estuvo encargado de la represión de las manifestaciones obreras de inicios del siglo XX. Responsable de la represión de la llamada Semana Roja donde fueron asesinados más de 80 manifestantes, unos meses después fue asesinado por un joven obrero anarquista de origen ucraniano llamado Simón Radowitzky. Simón fue condenado a reclusión perpetua y posteriormente indultado por el presidente Hipólito Yrigoyen en 1929.

hemos visto obligados a *comprender* actos que, sin dudas condenables, nos deberían llevar a enfrentarnos con una dimensión del dolor que exigiría más que palabras políticamente correctas. Pero, provocadoramente son quienes hacen de los victimarios víctimas los que pueden animarse a mencionar esa palabra. Frente a ella no se ha pronunciado más que una palabra: justicia. Aunque Hilb no menciona la cuestión de la venganza, ni Tatián la incluye directamente en sus consideraciones, creo que estas pocas líneas sobre el tema bastan para considerar que el rechazo al perdón y la amnistía en la Argentina no ha impedido avanzar en una comprensión amplia y profunda de la violencia política, preocupación presente en el texto de Hilb. Perdón y venganza (por el medio que sea) son los dos extremos que nuestra activa militancia contra la impunidad ha rechazado y una muestra de que lo común es posible sin imaginar la necesidad de una escena de reconciliación de la cual dependa la constitución e institución de la democracia argentina.

La promesa democrática y “el fin de los juicios”: perspectivas

En la Argentina no han faltado las polémicas en torno a las diferentes lecturas y posiciones sobre la última dictadura militar, el retorno a la democracia, los juicios a los responsables del Terrorismo de Estado, las políticas de reparación, la memoria reciente, los derechos humanos, la cultura de la violencia y la represión, los legados generacionales, la responsabilidad de las organizaciones armadas, los partidos políticos, el sistema judicial, así como de los grupos de poder civil, y la más general responsabilidad social. Hablo de polémicas porque tanto los estudios más desarrollados como las intervenciones más coyunturales conforman, sin dejar de reconocer sus diferencias, esa compleja e intensa trama de diálogos que han definido a las ciencias sociales y humanas, así como la cultura académica, intelectual y política de nuestro país, desde los años 80 hasta el presente.

No sería difícil reconocer, sin aventurarnos a periodizaciones demasiado esquemáticas, distintos momentos de discusión, cuyos

problemas y lenguajes puestos en juego —lenguajes políticos, jurídicos, filosóficos y sociales— indican diferencias significativas entre los años ochenta, los noventa y la primera década del 2000, determinados por las políticas del Estado referidas al modo de tratar la historia reciente del Terrorismo de Estado. En la Argentina, los juicios a los responsables de los crímenes han marcado un singular núcleo de discusiones, motivo por el cual el ingreso a la segunda década del 2000 ha abierto el fundamental interrogante por el después de los juicios. Un interrogante que contiene muchas facetas: porque estamos en condiciones de imaginarnos un futuro próximo donde los juicios finalicen y ya no sean estos hechos los acontecimientos movilizadores de nuestra relación con el pasado reciente; porque los juicios actuales serían la última oportunidad para, por la vía judicial, iluminar la parte más oscura de nuestro pasado, a saber, las políticas concretas y los mecanismos más específicos de esa gran operación estatal, que fue el secuestro, tortura, desaparición y asesinato de miles de personas (y, sin duda, detrás de este motivo nadie podría dejar de pensar en el paradero de los cuerpos de las víctimas y de los hijos apropiados); y, más complejo aún, porque la idea de un fin de los juicios, por supuesto inevitable en el más lato sentido cronológico, no deja de ser una idea difusa, en la medida en que los límites de las responsabilidades a juzgar se muevan permanentemente, tanto en el ámbito militar como civil. No podemos dejar de notar que la redenominación “Dictadura cívico-militar” ha resultado para muchos inmediatamente apropiable y para otros una idea inquietante.

No es la primera vez que el motivo de la polémica que aquí se publica aparece en el vasto mapa de las intervenciones sobre los juicios al Terrorismo de Estado y su sentido para la recuperación democrática. Entiendo que la sensible intensidad que puede verse en ella debe leerse a la luz de los actuales juicios y no solo como un debate más donde se renuevan las tensiones propias del tema, en particular cuando se trata de la relación entre víctimas y victimarios.

Claudia Hilb aclara que no asume la perspectiva de las víctimas, le interesa pensar a los victimarios. Intento valorable y difícil, sino imposible. Tatián no parte de las víctimas, sino del daño que portan los

sobrevivientes. Esta diferencia, señalada por Hilb, no podría ser el motivo de los posibles malentendidos. Porque, en todo caso quién sino los familiares de las víctimas serían los primeros autorizados en demandar una “economía del perdón”, para poder velar a sus muertos, encontrar a sus nietos y hermanos. Quiénes sino ellos tendrían todo el derecho de anteponer su dolor, incuestionable e inevitablemente propio, a una justicia política para toda la comunidad (en la Argentina, por casos de violencia diferentes, no han faltado las movilizaciones donde el dolor y el odio ocupan el lugar de la justicia, si recordamos lo activado por Blumberg entre el 2004 y el 2006, y la dirección de las reformas penales reclamadas). En Sudáfrica no fueron los familiares sino el Estado quien asumió políticamente una medida donde la economía del perdón, más allá de las víctimas, se inscribe en un horizonte de pacificación social. Lo cierto es que entre una y otra “economía”, por más que el método sea idéntico, hay una diferencia.

En la Argentina, los familiares, amigos y compañeros de las víctimas, también víctimas, anteponen una justicia democrática a la economía del perdón-dolor, y encontraron en la memoria y la justicia una respuesta —siempre insuficiente, porque el crimen es irreparable y el dolor inolvidable—, no solo para ellos, sino para todos. Aunque posiblemente sea necesaria una reformulación (como la propone Tatián o de otra manera), en un sentido más directo y básico los familiares cargan sobre sus espaldas con la pregunta de Hilb. “Ni olvido ni perdón”, “Memoria, verdad y justicia”, son la respuesta a esa pregunta, este es su legado, el después de los juicios. Ser perdonado (no amnistiado) es un don, cuyo efecto para la sociedad es incierto porque remite a una relación de uno a uno, pero *no perdonar también puede ser un don* que abre a una relación, esta vez política, en un sentido comunitario diferente al enunciado por Hilb (y que creo está presente en la respuesta de Tatián). Un don, que resistiéndose a todo intercambio económico (sea equitativo o extorsivo), se convierte en uno de los signos más fuertes de nuestra democracia. Perdonar genera una obligación individual infinita, pero el don de los que no han aceptado el perdón y han luchado por la justicia y contra la impunidad genera para la comunidad una deuda impagable (si cabe utilizar esta terminología). Esa es una verdad

de nuestra democracia, y es por ella que no se puede no juzgar a todos y cada uno de los criminales: “Juicio y castigo” no es solo la afirmación de un sistema fundado en la justicia penal que renuncia a pensar otras formas por fuera del paradigma del castigo, de las que todavía no hemos encontrado alternativas (jurídica, ética, política); es una parte necesaria de un más vasto espacio de respuestas que con dificultad y dolor se da una sociedad frente al crimen político que la desgarrar (y que no aplica para cualquier tipo de crimen o falta).

¿Reconciliación?¹⁸ Si algún sentido tiene ese término para abrir a una dimensión práctica de la comprensión es sobre el fondo del *reconocimiento*, por eso no cabe ser aplicado entre víctimas y victimarios, y quizás ni entre la sociedad y los victimarios, sino entre la sociedad y las víctimas. Un proceso que es muy complejo si no es el Estado el primero que reconoce a las víctimas y responde con la justicia (es allí donde posiblemente —aunque no estoy seguro— tenga sentido la palabra perdón enunciada por un mandatario, siempre que con ella no se de ingreso a la impunidad). El Estado democrático, a partir del 83 y luego del 2004, ha hecho lo que puede un Estado: juzgar. Lo que efectivamente está fuera de la justicia penal, que la sociedad enfrente el dolor y lo irreparable, que se asuma como una comunidad “imposible”, en el profundo sentido democrático que porta esta aparente negatividad, es la otra verdad de nuestra democracia. Seguramente esperamos la palabra pública de quienes participaron en la lucha armada —en sentidos no necesariamente idénticos a los que propone Hilb, ligados a la culpa y la confesión; modelo moral a la base (no opuesto) de la judicialización, exista o no una condena—. Pero no es de esas palabras que depende causalmente la “fundación democrática”; en todo caso es la espera activa, paciente, comprensiva y no extorsiva, generando todos los espacios posibles para que pueda darse el difícil relato y la conversación, el otro signo de la democracia que hemos podido

¹⁸ Una amplia bibliografía sobre el tema, particularmente sobre Sudáfrica, se puede encontrar en “Conflits et réconciliation”, *SciencesPo.-la bibliothèque*, CB/CL mars 2008 (<http://bibliotheque.sciences-po.fr/fr/produits/bibliographies/reconciliation/references>).

imaginar. Una manera diferente a la explícita y pública promesa de exculpación o de perdón, que no harían más que anticipar lo que se quiere escuchar —el arrepentimiento—, dictarlo antes de hacer posible las condiciones para la escucha de una palabra que no porta menos dolor que otras.

En nuestra imposible comunidad, creo que cada vez más democrática, se trazan las vías para construir lo común, donde el Estado ha ocupado un papel central, haciendo que esa dimensión de la negatividad se exprese de manera afirmativa: hoy los *derechos* —los que tenemos, los que todavía no tenemos y los que todavía no imaginamos— son el signo de la política, y es ese quizás nuestro mejor legado.

Excursus final: Sudáfrica

¿Por qué Sudáfrica? Mucho se ha dicho sobre la Comisión de Verdad y Reconciliación creada en Sudáfrica en 1995, interés sin duda motivado por su carácter excepcional, frente a los juicios que habrían tomado —con las diferencias de cada caso— el modelo de los procesos de Núremberg. Mucho tiene que ver el momento de este acontecimiento, la actualidad de la violencia colonial finalizando el siglo XX, de una dominación británica que inicia en 1806, reconociéndole una independencia limitada en 1910 y cuya independencia definitiva en 1961 no hizo más que radicalizar la dominación con el régimen del *apartheid*, hasta el inicio de los procesos de negociación para una salida democrática en la década del noventa.

Claudia Hilb recurre al caso sudafricano para iluminar el proceso argentino, sostiene que no pretende hacer un ejercicio de política comparada ni trasladar el modelo de la CVR¹⁹. Diego Tatián responde,

¹⁹ Sobre el tema Cassin, B. “«Other à la haine son éternité»: l’Afrique du Sud comme modèle” (<http://www.icrc.org/fre/resources/documents/article/review/review-862-p235.htm>) y con el título "Removing the perpetuity of hatred: on South Africa as a model example", en *International Review of the Red Cross*, vol. 88, n° 862, juin 2006, pp. 235-244. Otras contribuciones pueden encontrarse en la *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, vol. 88, Sélection française, 2006 (http://www.icrc.org/fre/assets/files/other/icrc_

por un lado, que una comparación más productiva sería pensar el caso argentino junto a las demás respuestas latinoamericanas (Brasil, Paraguay, Uruguay, Chile), verdadero índice de la excepcionalidad argentina, y por el otro, que no podría asegurar que la resolución sudafricana haya logrado una reconciliación social, alcanzado una reflexividad política y, en definitiva, conducido a una sociedad más justa. ¿La Argentina es más justa que Sudáfrica? Hilb se resiste a esa evaluación y le concede a Tatián no haber afirmado eso. Creo que Tatián lo cree, pero ese no es el punto, sino qué es lo que se compara en una comparación y qué es lo que ilumina.

La propuesta de Hilb, que sigue la línea de muchas otras recuperaciones del caso sudafricano en distintos lugares del mundo, no deja de ser fundamental para abrir a una reflexión más amplia sobre nuestro pasado reciente. Es difícil, sin embargo, aceptar su aclaración, dado que los ejemplos (tanto en la “política comparada” como en la filosofía) son modélicos. De ellos se pueden seguir reglas, o bien la exposición de la singularidad del caso, que no permita una traslación simplista y esquemática, pero sí indicar una dirección y un sentido, aquí dados claramente por las ideas de perdón y reconciliación. Ideas que, por otra parte, no han sido ajenas a los discursos políticos en la Argentina, y que convendría también situarlas aquí, ubicar y si es necesario confrontar con sus enunciadores, y no solo tomarlas de Sudáfrica, en su contra-ejemplaridad. Es allí donde se puede comprender mejor por qué, no en la discusión sobre una teoría general del perdón, sino en sus implicancias concretas, en lo que toca a las experiencias individuales y colectivas, fueron y son consciente y

001_0920.pdf). Barbara Cassin, junto a Olivier Cayla y Philippe-Joseph Salazar fueron los editores del imprescindible número de la Revista *Le genre humain* titulado *Vérité, réconciliation, réparation* (abril 2004), donde puede encontrarse su ensayo “Amnistie et pardon: pour une ligne de partage entre éthique et politique” así como “Versöhnung, ubuntu, pardon: quel genre?” de Jacques Derrida, entre otros importantes textos. También puede verse “Politiques de la mémoire. Des traitements de la haine”, *Multitudes*, 6, septembre 2001 (<http://multitudes.samizdat.net/-Hors-champs-Procedures-d-exception->).

reflexivamente rechazadas por la sociedad argentina (su rechazo explícito a la amnistía, a los indultos y, en general, al discurso de la reconciliación nacional). La excepcionalidad del caso sudafricano es evidente, porque se sale de la regla de justicia; el caso argentino es menos evidente, porque es el cumplimiento de la regla, y todo lo que se espera se genere a partir de ella, lo que hace a su excepcionalidad.

Es aquí donde cobra relevancia la observación de Tatián y su evocación de las resoluciones sudamericanas, también para echar luz sobre las razones que llevaron a la resolución sudafricana. Porque es verdad que en nuestro continente las leyes de amnistía no adoptaron la lógica de una “economía del perdón”: fueron, por decirlo de alguna manera, unilateralmente beneficiosas. Pero ¿acaso no hay en toda resolución una economía del perdón? ¿Acaso en Brasil no se entendió que la amnistía implicaba un beneficio para la institución de la democracia? ¿Acaso en la Argentina las leyes de obediencia debida y punto final, acertadamente denominadas leyes del perdón, no resultaron de una economía que se entendió beneficiaba a ambas partes? Acaso no exista una lógica económica determinada por la equidad, sino por la imposición de una parte sobre otra con la pretensión de legitimar lo que se supone resultado de un común acuerdo.

Es para nosotros, entonces, también una responsabilidad asumir el modo en que pensamos Sudáfrica (con la misma atención con la que se piensa Auschwitz, notoriamente más presente en nuestra literatura), imaginar qué puede aportar la experiencia argentina a una reflexión sobre Sudáfrica, como sobre Chile o Brasil. Por Sudáfrica, pero también porque esa dirección puede iluminar mejor a la Argentina; porque nacimos como país esclavista, aunque nuestra cultura nacional solo reivindicó el discurso del “crisol de razas” y todavía no pueda asumir cabalmente la cuestión aborigen; porque tampoco podemos comprender a Brasil si no podemos pensar en el “*apartheid*”, y el sentido radicalmente diferente que tiene la discusión sobre el perdón si traemos a la reflexión, por ejemplo, el *perdón* que el presidente Lula da Silva pide a Senegal en un discurso realizado en uno de los mayores puertos esclavistas de África. También, si ampliamos el horizonte, conviene interrogarse por qué es Colombia el país sudamericano donde entendemos ha

encontrado una mayor recepción el trabajo de la CVR sudafricana, principalmente las ideas de amnistía y reconciliación, para considerar también su ineludible diferencia con el caso argentino²⁰.

Hablamos de Sudáfrica sin avanzar en un análisis, conscientes de que para Hilb y Tatián no es el tema en cuestión, para llamar la atención sobre los modos en que la evocamos, porque estos modos también echan luz sobre la manera en que pensamos la Argentina.

²⁰ La bibliografía colombiana es amplia y dispar, pero puede verse como ejemplo de este interés la mirada de Lecombe, D., “Mobilisations autour d'un modèle de sortie de conflit. La Commission Nationale de Réparation et Réconciliation: une «commission de vérité etréconciliation» (CVR) colombienne?”, *Raisons politiques*, 2008/1, N° 29 (<http://www.cairn.info/revue-raisons-politiques-2008-1-page-59.htm>).

¿Cómo fundar una comunidad después del crimen?

Una reflexión sobre el carácter político del perdón y la reconciliación, a la luz de los Juicios a las Juntas en la Argentina y de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación en Sudáfrica

Claudia Hilb*

Instituto de Investigaciones Gino Germani,
Facultad de Ciencias Sociales, UBA - CONICET

¿Cómo fundar una comunidad después del crimen? Esa pregunta, que da título a esta ponencia, es ante todo la pregunta que me ha conducido, ya desde hace un tiempo, a interesarme en la contrastación de los modos disímiles, y ambos ejemplares, en que, en la Argentina desde 1983, y en Sudáfrica desde 1994¹, se tramitó la salida de regímenes de Terror y se sentaron los cimientos de los “nuevos comienzos” en una y otra comunidad política. En la Argentina,

* Claudia Hilb. Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires / Conicet. Ponencia presentada en el Simposio Hannah Arendt, III Congreso Colombiano de Filosofía, Cali, Colombia, octubre 2010. Una versión algo abreviada de esta ponencia fue presentada en las II Jornadas Internacionales Hannah Arendt, Córdoba, noviembre 2010.

¹ En 1990 fue liberado de prisión Nelson Mandela, principal dirigente del African National Congress (ANC), y esta organización fue legalizada. En un tenso proceso de negociación, puntuado por la violencia, se arribó finalmente a las primeras elecciones libres en 1994, que ungieron presidente al propio Mandela, y a la conformación de la Comisión de Verdad y Reconciliación en 1995.

podemos decir de manera muy simplificada, se optó por la Justicia —y no es casual que los hitos de este proceso sean hitos jurídicos—, empezando por el Juicio a las Juntas, que condenó en 1985 a los principales actores de la Dictadura de 1976-1983, continuando por las leyes de punto final y obediencia debida, por la ley de amnistía de 1990 y por la declaración de nulidad de estas últimas tres leyes en 2004. En Sudáfrica, diremos de modo igualmente simplificado, se optó por la Verdad, más precisamente, por una amnistía asentada en la exposición de la Verdad, y no es casual que la Comisión que desde 1995 llevó adelante ese proceso recibiera el nombre de Comisión de Verdad y Reconciliación.

Ahora bien, mi interés en la contrastación entre el ejemplo sudafricano y el ejemplo argentino tuvo y tiene un foco bastante preciso: ese foco es mi interrogación acerca de los motivos por los cuales, en la Argentina, ha sido casi imposible para los represores estatales, pero también para quienes formaron parte de las fuerzas insurreccionales, entre quienes se contó la mayor parte de víctimas del Terror desatado por la Dictadura en 1976, revisar su propia acción y su propia responsabilidad en la ejecución o en el advenimiento de ese Terror. Esa interrogación me llevó a interesarme en la solución sudafricana, tan disímil de la argentina en este plano. Y en la contraposición de uno y otro caso, volví a encontrarme con preguntas que creí que la obra de Arendt podía ayudarme a esclarecer: preguntas acerca del carácter político del perdón, de la responsabilidad, de la reconciliación. Preguntas acerca de la relación entre el pensar y el arrepentimiento, entre el mal y la ausencia del pensar.

Mi intervención constará entonces de dos partes, una primera, en que intentaré sacar algunas conclusiones a partir de la lectura de Arendt, en particular acerca de las nociones a las que aludí recién: perdón, arrepentimiento, responsabilidad. Una segunda, en la que procuraré poner a la vista algunas diferencias significativas entre las escenas sobre las que se erigen los “nuevos comienzos” en la Argentina y Sudáfrica, a fin de poder, a partir de allí y con el auxilio de los conceptos arendtianos desempolvados en la primera parte, avanzar en la comprensión del modo en que la cristalización de la puesta en escena del nuevo comienzo

en la Argentina pudo, no obstante sus enormes virtudes originarias, contribuir a la dificultad de los distintos actores a poner bajo interrogación su propia participación en aquel proceso.

Entonces: para observar de qué manera se despliega en el pensamiento de Arendt la cuestión del perdón, y su relación con la reconciliación, es preciso notar en primer lugar cómo la concepción del perdón parece modificarse a través de su obra, en particular desde la connotación antipolítica que éste parece tener en los cuadernos de 1950 hasta su especificidad propiamente política en *La Condición Humana*.

En efecto, en las anotaciones que realiza Arendt en su *Diario* en 1950, podemos observar que el perdón aparece bajo tres figuras. En primera instancia Arendt parece en realidad proponer una sola, para desecharla radicalmente como pertinente a los asuntos humanos: se trata del perdón que describe allí como ‘quitar el peso de las espaldas’, ese perdón que no se da entre iguales sino solo “entre quiénes están separados cualitativamente”². El perdón, escribe Arendt de manera taxativa, destruye radicalmente la igualdad, y con ello el fundamento de las relaciones humanas —después del perdón, destruida la igualdad, ya no puede haber relación posible—. No habría entonces, propiamente, perdón entre hombres iguales, el perdón es siempre, necesariamente, vertical. Y no hay relación vertical entre iguales. O también, dice Arendt, el perdón es solo un suceso aparente en el que alguien se las da de superior, y otro exige algo que los hombres no pueden otorgarse y quitarse entre ellos

Junto a esta anotación contundente —el perdón entre hombres es solo un suceso aparente— vemos mencionadas en esas mismas páginas otras dos formas de pensar el perdón. *Por un lado*, la del concepto religioso del perdón, donde encontramos restituida una igualdad —todos somos pecadores, todos podríamos haberlo hecho— pero una igualdad sostenida en una solidaridad negativa (así la denomina

² Arendt, Hannah, *Diario Filosófico 1950-1973*, Barcelona, Herder, 2006, Cuaderno I, entrada 1, junio de 1950, p. 3; Arendt trata del perdón en las páginas 3 a 8 de ese primer Cuaderno. Citaremos las entradas del *Diario* señalando Cuaderno, entrada, fecha y página.

Arendt), que brota del concepto de pecado original. Quien perdona renuncia a vengarse, porque siendo él también un pecador, podría haber hecho igual; quien se venga demuestra, al vengarse, que puede hacer igual. En la falta los hombres se reconocen unos a otros como pecadores, sometidos a una verticalidad común. Es decir, no se trataría aquí tampoco, propiamente, de un perdón entre hombres sino de un reconocimiento, por parte de quien perdona, de su propia condición de pecador, de una igualdad en la culpabilidad vertical. Y encontramos a su vez mencionada una *tercera* forma de perdón; parafraseando a Nietzsche, Arendt anota: “El perdón entre hombres no puede significar otra cosa que: renunciar a vengarse, callar y pasar de largo; y de suyo, eso significa despedirse”³. Callar y pasar de largo, despedirse: esta forma de perdón, la única forma de perdón humano, humano porque horizontal, advierte Arendt, es, como notamos, él también, la sanción de la imposibilidad de toda relación, es despedida: “donde no se puede continuar amando”, dice la frase de Nietzsche, “se debe pasar de largo”. Si nos atenemos a sus anotaciones en los cuadernos de 1950, observamos así que, de cualquiera de estas maneras en que lo consideremos, el perdón no posee para Arendt ninguna pertinencia para pensar los asuntos políticos.

Es interesante señalar que la reconciliación aparece en esa misma entrada del *Diario* como lo *opuesto* del perdón; y muy precisamente, como lo opuesto a lo que Arendt según señalábamos recién considera la única forma del perdón entre hombres, es decir, el perdón entendido como “pasar de largo” (lo opuesto al perdón del pecador, notábamos, es la venganza: yo también puedo hacer el mal). La reconciliación no pasa de largo, no se despide, sino que acoge lo dado como dado. Tampoco desliga al otro del peso de su carga —no podría hacerlo, porque no hay perdón entre hombres—, sino que “pone voluntariamente sobre sus espaldas el peso que el otro, de todos modos lleva”⁴. Sin despedirse —es decir, sin poner fin a la relación— y sin descargar al otro de su peso,

³ *Ibid.*, p. 3.

⁴ *Ibid.*, p. 4.

la reconciliación reestablece la igualdad. La reconciliación reestablece una solidaridad entre hombres que actúan —pero no se trata de la solidaridad que hace de premisa a la común condición de pecadores—, sino de una solidaridad que es el producto del reconocimiento de los avatares indeseables de la acción de hombres que no son injustos, pero que cometen injusticias.

Pero ¿qué entiende Arendt aquí, más precisamente, por reconciliarse, o como también dice, por avenirse con la misión que nos llega, avenirse con uno mismo? En “Comprensión y política” (1953)⁵ encontraremos más sistematizadas aquellas primeras anotaciones, y otras que, sobre el mismo tema, inscribe entonces en el *Diario*. La reconciliación, dice allí, es indisoluble de la comprensión; nos reconciliamos con el mundo a través de la comprensión. “La comprensión”, leemos en el Cuaderno XIII [39], también de 1953, “es la otra cara de la acción, la actividad que la acompaña, a través de la cual me reconcilio constantemente con el mundo común (...). Comprender es reconciliarse en acto”⁶. Comprender es el modo en que en tanto ser particular me reconcilio con lo común, en que encuentro mi lugar en ese mundo común. La conexión entre mi ser particular y el mundo común, advierte Arendt, puede darse bajo la forma de la aceptación, y entonces, bajo la forma de la comprensión y la reconciliación, o bajo la forma de la negación, y entonces, como rebelión y tiranía. En esa misma entrada del cuaderno nos topamos, para diferenciarla de la comprensión, con una nueva mención del perdón, que se ha distanciado de su connotación antipolítica de 1950, y que anticipa ahora lo que Arendt afirmará en *La Condición Humana*: el perdón, escribe en 1953, es una de las más altas capacidades humanas que se propone lo aparentemente imposible, deshacer lo hecho, acción singular que concluye en un acto singular, que logra introducir un nuevo comienzo donde todo parecía haber concluido. La comprensión, en cambio, es interminable, no puntual, y no produce resultados finales. O también, la comprensión es la forma específicamente humana de estar vivo.⁷ Comprender no es perdonar,

⁵ Arendt, Hannah, “Understanding and Politics”, *Partisan Review* 20/4, 1953.

⁶ Arendt, Hannah, *Diario Filosófico*, Cuaderno XIII [39], marzo de 1953, p. 306.

⁷ Arendt, Hannah, “Understanding and Politics”, cit., p. 377.

Arendt lo dice explícitamente, pero perdonar tampoco es ya lo opuesto a la reconciliación, tampoco es ya “pasar de largo y despedirse”. El perdón, nos es posible interpretar, es esa capacidad humana, esa acción aparentemente imposible, al alcance de quienes comprenden y, comprendiendo, pueden reconciliarse con el mundo y entonces, eventualmente, perdonar⁸. Hemos de guardar esta referencia al perdón en memoria; volveremos sobre ella.

No digo nada nuevo si digo que en “Comprensión y Política” encontramos los primeros esbozos de lo que luego Arendt pensará largamente bajo la forma de las capacidades del espíritu, en particular del pensar y del juzgar. Ante la defeción de la moralidad y el sentido común, Arendt encontrará en la capacidad de comenzar aquello que nos permite no desesperar: un ser cuya esencia es comenzar, dirá, puede hallar suficiente origen en sí mismo para comprender y juzgar sin categorías preconcebidas o reglas morales consuetudinarias⁹. Frente a la defeción de la moralidad, frente a la pérdida de las categorías con las que juzgábamos el bien y el mal, frente al advenimiento de aquello ante lo cual solo podemos decir “esto no debería haber ocurrido nunca”, en nuestra capacidad de pensar sin categorías preestablecidas, de juzgar sin reglas bajo las cuales subsumir nuestros juicios, se actualiza la posibilidad de comprender lo que ha sucedido, y de ese modo, de volver a encontrar sentido al mundo, de reconciliarnos con él, de habitarlo. Esta capacidad de pensar sin barandas, sin otra orientación que nuestra propia capacidad de comprender y juzgar, nos abre el camino a nuestra reconciliación con el mundo.

Pero la identificación de esta capacidad de pensar no solo nos provee la llave para comprender *qué sucedió*; nos provee asimismo las claves para comprender *cómo pudo suceder aquello que sucedió y no debió haber sucedido*: la identificación de esta capacidad nos abre también las puertas para comprender la tremenda banalidad del mal, que se asienta en la

⁸ Hay, como veremos, de todos modos “lo imperdonable”, aquello respecto de lo cual no podemos hacernos solidarios de la responsabilidad, perdonar o pasar de largo en silencio.

⁹ Arendt, Hannah, “Understanding and Politics”, cit., p. 391.

ausencia de esta capacidad, en la defeción de la capacidad de juzgar por sí mismos de quienes estuvieron dispuestos a abandonar sus reglas morales consuetudinarias de un día para el otro, para adoptar sin solución de continuidad las nuevas reglas criminales que les fueron ofrecidas como sustituto. Así como la comprensión, el pensar sin conceptos bajo los cuales subsumir lo que hemos de comprender, nos permite reconciliarnos con el mundo, así también esa comprensión nos permite acceder a la posibilidad (y al sentido) de la *ausencia* de la disposición a pensar, a juzgar por sí mismo, y nos brinda con ello la clave de aquello que intentamos comprender. De comprender qué sucedió, y cómo pudo suceder. Así, enfrentados a la extraordinaria rapidez con que una buena parte de la población alemana pudo despojarse de sus reglas morales consuetudinarias para adscribir a un nuevo conjunto de reglas morales sostenidas en la voluntad criminal del Führer comprendemos que en última instancia no hay otro resguardo para la moralidad, para la disposición a distinguir el bien del mal, que nuestra propia capacidad de pensar y juzgar.

La *incapacidad* de pensar, la renuncia a pensar por sí mismo ejemplificada para Arendt de manera singular en la figura de Eichmann, de este individuo convencido de haber actuado según las normas, que habla por clichés dando muestras de su absoluta carencia de la capacidad de imaginar y de pensar¹⁰, ha de permitirnos proponer una nueva vuelta sobre el perdón, al que retornaremos ahora por la vía de la conciencia y el arrepentimiento. En las conferencias de 1965 y 1966 reunidas bajo el título de “Algunas cuestiones de filosofía moral”, y en el artículo “El pensar y las reflexiones morales”, publicado en 1971,

¹⁰ En “*Eichmann in Jerusalem*” Arendt vuelve en repetidas oportunidades sobre la tendencia de Eichmann a expresarse con clichés o frases hechas (Arendt, Hannah, *Eichmann in Jerusalem. A report on the banality of evil*, Penguin, 1982). Años antes, en marzo de 1953, a propósito del desamparo en que se encuentran los hombres incapaces de hacer el esfuerzo de imaginación que exige comprender por fuera del “sentido común”, anotaba en su *Diario*: “Uno de los síntomas de ese desamparo en los hombres corrientes es que hablan en *clichés*” (*Diario...*, Cuaderno XIII [39], marzo de 1953, p. 307).

hallamos en efecto el hilo que liga el pensar al remordimiento, y la *ausencia* del pensar al silenciamiento de la conciencia —a la ausencia de remordimiento—¹¹. Permítanme una larga cita, que dada su claridad prefiero reproducir *in extenso*: “El pensamiento como actividad puede darse a partir de cualquier hecho”, dice Arendt en “Algunas cuestiones de filosofía moral”¹²; “está presente cuando yo, tras observar un incidente en la calle o verme implicado en cualquier acontecimiento, empiezo a reflexionar sobre lo ocurrido, contándomelo a mí mismo como una especie de historia, preparándola de este modo para su ulterior comunicación a otros, etc. Esto mismo” agrega Arendt, “es más verdad, aún, por supuesto, si el tema de mi reflexión silenciosa resulta ser algo que he hecho yo mismo. Obrar mal significa malograr esta capacidad; la manera más segura para el criminal de no ser nunca descubierto y olvidar el castigo es olvidar lo que ha hecho y no volver a pensar en ello nunca más. Por la misma razón podemos decir que el remordimiento consiste ante todo en no olvidar lo que uno ha hecho”. Y finaliza: “Nadie puede recordar lo que no ha pensado a fondo mediante la conversación consigo mismo al respecto”. Dicho de otro modo, la ausencia de la capacidad de pensar, que ya en ese texto toma para Arendt la forma de la capacidad de entrar en diálogo con uno mismo, protege al criminal de ser descubierto por él mismo. No hay remordimiento porque no hay reflexión silenciosa sobre lo que he hecho, porque no hay trabajo de la conciencia, diálogo del dos-en-uno de la conciencia. El criminal más terrible no es el malvado de la literatura, acosado por los fantasmas de su conciencia —quien se siente acosado precisamente porque no ha perdido la capacidad de pensar acerca del

¹¹ “Some Questions of Moral Philosophy” (“Algunas cuestiones de filosofía moral”) es el texto, editado por Jerome Kohn, de dos cursos dictados por Arendt en 1965 y 1966 en la New School of Social Reserach de Nueva York y en la Universidad de Chicago respectivamente. Ese texto, al igual que la conferencia “Thinking and Moral Considerations” (“El pensar y las reflexiones morales”), están incluidos en Arendt, Hannah (edited and with an introduction by Jerome Kohn), *Responsibility and Judgment*, New York, Schocken Books, 2003 (edición en español: *Responsabilidad y juicio*, Barcelona, Paidós, 2007).

¹² Arendt, H., “Some questions...”, cit., p. 93-94 [español, 110];

mal que ha hecho—. El criminal más terrible es aquel que, privado de la disposición a pensar, no es, propiamente, una persona, si entendemos con Arendt que es bajo la forma del pensar y el recordar que los seres humanos somos propiamente personas, que echamos raíces, ocupamos un lugar en el mundo, nos relacionamos con nosotros mismos y, a fin de poder vivir con nosotros mismos, nos ponemos límites a lo que estamos dispuestos a hacer¹³. El criminal más terrible es aquel que, carente de la imaginación que requiere el pensar, no sufre de remordimientos porque ha acallado el diálogo consigo mismo, porque ha anulado la pluralidad del dos en uno en su seno.

Asidos a esta figura del remordimiento retornemos entonces, como prometimos, al perdón, tal como aparecía en el célebre apartado del Capítulo V de *La Condición Humana*. Sabemos que el perdón adquiere en esos párrafos una connotación claramente política y plural: perdón y promesa pertenecen al ámbito de la acción, de la capacidad del hombre de actuar. Se dan *entre* los hombres, dependen de la pluralidad, de la presencia y acción de otros, y permiten redimir a la acción de su fragilidad, de su carácter irreversible e impredecible. En razón de su pluralidad inherente el perdón se distingue claramente, en cuanto a su rol político, de los estándares morales que se orientan por los principios de mi actitud hacia mí mismo: contrastado con estos estándares, escribe Arendt, “el código moral que se desprende de las facultades de perdonar y hacer promesas descansa en experiencias que nadie puede tener consigo mismo sino que, por el contrario, están enteramente basadas en

¹³ *Ibid.*, p. 100 [esp. 115]. Respecto de la significativa distinción entre la *persona*, que se constituye en el proceso “enraizador” del pensar que actualiza la diferencia humana específica de la palabra, y el ser humano, véase también p. 95 [esp.110]: “en este proceso de pensamiento (...) me constituyo a mí mismo como persona y permaneceré uno en la medida en que sea capaz de esa constitución una y otra vez (...). Cuando se perdona es la persona, no el delito, lo que queda perdonado. En el mal que carece de raíces (“*rootless*”) no queda persona alguna a la que poder siquiera perdonar” (N. del A.: la edición en castellano contiene un error significativo, al traducir *rootless* en esta frase por radical, cuando claramente significa lo contrario: sin raíces, —sin las raíces provistas por el pensar—, o también en este contexto, banal).

la presencia de otros”¹⁴. En otras palabras: la posibilidad de perdonarme a mí mismo depende, es tributaria, de los modos plurales, públicos, del perdonar. Como la promesa, el perdón entre los hombres está anclado en la pluralidad, en el ser-entre unos con otros, en la común aceptación de que los enormes riesgos de la acción —de su imprevisibilidad, de su irreversibilidad— en un mundo común solo pueden ser mitigados a través de la disposición a perdonar y ser perdonado, de prometer y hacer promesas. Esa disposición a perdonar es la disposición a perdonar el *qué* se hizo en beneficio del *quién*; es la disposición de poner fin, a través de lo inesperado del perdón, a los efectos perniciosos de la acción de aquel “que no sabía lo que hacía”. Es la disposición a reconocer en el otro a un *quién* que vale más que las consecuencias del acto que provocó, de un *quién* que merece poder ser desligado por nosotros del *qué* de su acción particular, de ese *qué* atrapado en las redes de la imprevisibilidad e irreversibilidad de la acción en un mundo plural. “En los asuntos comunes”, dice Arendt, “la transgresión es algo de todos los días que se halla en la naturaleza misma de la acción, que constantemente establece nuevas relaciones en una red de relaciones, y que precisa de perdón, del dejar de lado, para permitir que la vida siga adelante, liberando constantemente a los hombres de lo que han hecho sin saberlo”¹⁵. Solo así podrán los hombres, podremos los hombres y mujeres, seguir siendo agentes libres.

Pero este modo de disponer la escena del perdón significa también que no todo mal es perdonable: no lo es el mal hecho a propósito, el de quien sí sabía lo que hacía y no se arrepiente de haberlo hecho —pero ese mal es raro, dice Arendt—¹⁶ y no lo es tampoco, agrega Arendt, el “mal radical”, aquel sobre el cual, nos dice en 1958, sabemos tan poco. Algo más sabemos, con ella, en 1966: el mal radical, habíamos concluido antes, es aquel que no conoce tampoco el remordimiento porque elude su misma posibilidad. El mal radical es el mal realizado

¹⁴ Arendt, Hannah, *The Human Condition*, Chicago, The University of Chicago Press, 1958, p. 238.

¹⁵ *Ibid.*, p. 240.

¹⁶ *Ibid.*, p. 240.

por hombres incapaces de pluralidad, incapaces de vivir propiamente en el mundo, incapaces de vivir bajo la forma de esa moralidad que surge “directamente de la voluntad de vivir unos con otros en el modo de la acción y la palabra”, como son también incapaces de vivir propiamente con ellos mismos bajo la forma del diálogo silencioso del dos-en-uno. Respecto de esos hombres, dirá Arendt, “solo podemos repetir con Jesús: sería mejor para él que le colgaran una piedra alrededor del cuello y lo arrojaran al mar”¹⁷. O dirá, en sus propios términos, en la conclusión a su libro sobre Eichmann, “que ninguna persona, ningún ser humano, puede desear compartir el planeta con él”¹⁸. Como el mal hecho a propósito que no conoce el arrepentimiento, el mal radical cometido por el hombre banal que no conoce el remordimiento, es él también imperdonable.

Es tiempo de recoger los hilos del argumento. Habíamos partido de una apreciación antipolítica del perdón en los cuadernos de 1950, y hemos arribado a una afirmación del carácter propiamente político de la capacidad de perdonar, pero también, a la posibilidad de determinar mejor lo perdonable, en su distinción de lo imperdonable. Lo imperdonable ha quedado asociado a un agente que desconoce el arrepentimiento y el remordimiento. Esto es, que o bien es auténticamente malvado —aunque pueda ser consciente del mal hecho adrede, e incluso, cual personaje shakespeariano, estar acosado por el remordimiento, no se arrepiente de él—, o bien, incapaz de pluralidad, ha obturado incluso su capacidad de pensar, de entrar en diálogo consigo mismo, de modo tal que ha logrado escapar a la voz de su conciencia, que emana del diálogo del dos-en-uno del pensar. Este último es, claro está, el agente banal del mal radical¹⁹. Frente a ello, el perdón que se despliega sobre la escena de la pluralidad

¹⁷ *Ibid.*, p. 241.

¹⁸ Arendt, H., *Eichmann in Jerusalem...*, cit., p. 279.

¹⁹ Con esta expresión soy consciente de estar ejerciendo una torsión sobre algunos términos utilizados por Arendt. Entiendo, en efecto, que no existe necesariamente contradicción entre la afirmación temprana de la radicalidad del mal, que refiere a la puesta en obra de la aniquilación de la humanidad del hombre, y la afirmación de la banalidad del mal, que refiere a la ausencia de una ‘intención diabólica’ en los agentes que la llevan a cabo.

de la acción de los hombres, entre los hombres, involucra a actores que se reconocen como tales, y que hallan en la posibilidad del perdón —de perdonar y ser perdonados— el reconocimiento a la vez de su cualidad de actores, de iniciadores, y de las fragilidades a las que esta condición los expone. El perdón es posible *entre* actores de la escena plural. Y si el auténtico malvado tal vez sea, propiamente, un actor, aún perverso, de esta escena, no lo es en cambio el banal funcionario del mal radical. Si el primero no ha de ser perdonado es porque, aún si lo consideramos un actor (del mismo modo en que podemos pensar que para Arendt actúa, cambiando el mundo, el mentiroso) su acción malvada no entra, propiamente, en aquello que —debido a las fragilidades de la acción— el perdón ha venido a perdonar (dicho de otro modo: el malvado que no se arrepiente demuestra su conformidad con el resultado de su accionar: el resultado de su acción debe ser considerado como un producto deliberado, y no como el efecto del carácter indeterminado de la acción. Esto es, el perdón no tiene nada que decir aquí). Si el segundo, en cambio, si el banal funcionario del mal radical no es pasible de ser perdonado —estamos claro está hablando del perdón entre los hombres— es porque no puede, propiamente, ser considerado un actor: en su incapacidad de pensar por sí mismo, que se prolonga en su incapacidad de arrepentirse, ha demostrado ser incapaz de insertarse en el mundo común a través de la acción libre y la palabra, de pertenecer al ámbito plural de la coexistencia de los hombres en tanto actores.

Si aceptamos, entonces, las conclusiones a las que nos ha inclinado el recorrido hecho hasta aquí, deberemos decir que solo quienes “no saben lo que hacen” porque las consecuencias de sus actos exceden a su capacidad de dominarlos, y de quienes podemos pensar que, puestos ante estas consecuencias, querrían poder deshacerlas, solo ellos son susceptibles de ser perdonados, solo en ellos podemos decir que el *quién* tiene primacía sobre el *qué*, o que el *qué* es perdonado por mor del *quién*. Solo ellos, pero también: todos ellos, o sea todos nosotros, que somos aquellos actores para quienes “la transgresión es una cosa de todos los días puesto que se halla en la naturaleza misma de la acción”²⁰. Así, la

²⁰ Arendt, H. *The Human Condition*, cit., p. 240.

disposición al “querer que aquello que resultó de nuestra acción no hubiera sucedido”, en otras palabras, la disposición al arrepentimiento, parece indisociable de la posibilidad del perdón entre los hombres, o por lo menos, del perdón considerado políticamente, como una facultad de estabilización del mundo de la acción de y entre los hombres. Es en nuestra condición de actores, en nuestra apertura a la pluralidad, que somos capaces de perdonar y también, que somos capaces de arrepentirnos. O, en las palabras arriba citadas de Arendt, “el código moral que se desprende de las facultades de perdonar y hacer promesas descansa en experiencias que nadie puede tener consigo mismo sino que, por el contrario, están enteramente basadas en la presencia de otros”. El perdón, siempre imprevisible, siempre inesperado, está inscripto en la pluralidad. Y la pluralidad, que es la ley de la tierra, es la condición de posibilidad de mi arrepentimiento singular²¹.

Es hora de retornar a mi promesa inicial: la de centrar mi mirada en las diferencias que separan a dos casos absolutamente ejemplares de

²¹ Si esto es así, podemos a la vez aceptar y desechar la crítica que Jacques Derrida eleva al perdón tal como éste es tratado por Arendt. El perdón en Arendt perdonaría, dice Derrida, no a quien ha cometido la acción sino a uno que ya es otro, que es quien se arrepiente de ella (Derrida, Jacques, “Le siècle et le pardon”, entrevista realizada por Michel Wieviorka, *Le Monde des Débats*, diciembre 1999). Podríamos decir: para que haya perdón, en el sentido propiamente político que Arendt le acuerda, éste debe darse entre personas de quienes *podemos pensar* que, una vez realizada la acción y a la vista de sus consecuencias, son *otras* que las que eran al momento de realizarla. Es decir, de las que podemos pensar que no volverían a hacerlo. Estamos aquí probablemente más cerca de Ricoeur: en la disociación entre el acto y el actor se manifestaría “un acto de fe, un crédito acordado a los recursos de regeneración del sí mismo” (Ricoeur, Paul, *La mémoire, l’histoire, l’oubli*, Paris, Seuil, 2000, p. 638). En palabras de Arendt, el *quién* tiene primacía sobre el *qué*. El perdón es irrupción, es creación, es donación. Pero esta irrupción, esta donación, solo sucede entre actores, o solo es políticamente pertinente allí donde sucede entre actores, igualados en la escena pública, o allí donde, en él, se restituye la igualdad y por ende la capacidad de actuar. En cierto modo, nos hallamos en presencia de una forma secularizada del perdón religioso que Arendt desechaba en su *Diario* en 1950; pero la igualdad entre los hombres ya no tiene la forma de la solidaridad negativa de los pecadores sino del co-

“nuevos comienzos”, los de la Argentina a partir del Juicio a las Juntas militares de 1985, y el de Sudáfrica a partir de la labor de la Comisión de Verdad y Reconciliación creada en 1995. El centro de mi mirada estará puesto en los modos radicalmente diferentes en que en una y otra situación se ha hecho frente a la cuestión de la posibilidad de poner fin a lo que sucedió, y de inaugurar una nueva historia: esos modos radicalmente diferentes se dejan leer productivamente —tal es mi hipótesis, y de allí, entonces, mi interés en el desarrollo arendtiano precedente— en el lugar en que una y otra escena disponen para la palabra respecto de “aquello que pasó”, y muy particularmente para la palabra de los victimarios. La diferencia, lo señalaba al principio de mi intervención, se lee ya de entrada: en un caso, hablamos de Juicios y justicia, en el otro, de Verdad y Reconciliación. Es probable que en un caso —el de la Argentina— la resolución haya pagado un precio en Verdad; es probable que en otro caso —el de Sudáfrica— se haya pagado un precio en Justicia. Es seguro que uno y otro caso han dado lugar a formas distintas de construir tanto la memoria del pasado, como la proyección del futuro. De eso quiero ocuparme ahora²².

No podré entrar en los detalles de ambos procesos, diré solo lo necesario para desplegar mi argumento. En la Argentina, la

reconocimiento de los actores; y la irrupción del perdón, aún manteniendo su condición milagrosa, imprevisible, corresponde ahora a la capacidad milagrosa del comienzo anclado en la condición humana. No hay, no parece haber en ello (*contra* Derrida), una economía del perdón. Nuevamente, Arendt parece más cercana a Ricoeur: el círculo paradójico del perdón, señala éste, no es lo mismo que una transacción. Así como la contracara existencial del perdón —es decir, el arrepentimiento— está de alguna manera implicada en el don —del perdón—, al mismo tiempo la precedencia del don (el perdón) es reconocida en el interior mismo del gesto de arrepentimiento. Lo que no es muy distinto que decir que el carácter público del perdón, que se inscribe como posibilidad permanente de la pluralidad de los asuntos humanos, precede al gesto particular, puntual, del arrepentimiento.

²² En lo que sigue retomo parcialmente algunas afirmaciones realizadas en mi artículo “La virtud de la Justicia, y su precio en Verdad. Una reflexión sobre los Juicios a las Juntas en Argentina, a la luz de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación en Sudáfrica”, 2010, en prensa.

escenificación de la ruptura con el pasado de Terror instaurado por la Junta Militar se consolidó alrededor del juzgamiento de las cúpulas militares. Apenas asumió el gobierno en 1983 el presidente Alfonsín ordenó la conformación de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (Conadep), compuesta por prestigiosas personalidades del mundo académico y cultural de la Argentina. En apenas nueve meses la Conadep reunió testimonios sobre casi nueve mil desapariciones²³, sobre la organización de los campos de concentración, sobre el modo operativo de la política de desaparición, tortura y asesinato²⁴. El trabajo de la Conadep, plasmado en el informe *Nunca Más*, constituyó el insumo fundamental de la fiscalía en el Juicio a las Juntas, que tomó de la labor de aquella Comisión 709 casos sobre los que asentó la acusación contra los nueve Comandantes de las Fuerzas Armadas que integraron las tres juntas de gobierno que gobernaron el país entre 1976 y 1983²⁵. El trabajo de la Conadep proveyó asimismo a la sociedad argentina un relato sobrio y estremecedor del nivel de horror y barbarie alcanzado por la Dictadura del Proceso²⁶. Sostenida en la evidencia facilitada por la investigación de la Conadep, y en el relato escalofriante de las víctimas, la realización del histórico Juicio a las Juntas culminó en la condena a prisión perpetua de

²³ Más exactamente, 8961. Véase Crenzel, Emilio, *La historia política del 'Nunca Más'*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2008, p. 115.

²⁴ Véase Fernández Meijide, Graciela, *La historia íntima de los derechos humanos en la Argentina (a Pablo)*, Buenos Aires, Sudamericana, 2009, especialmente caps. 16 a 18. El tiempo de seis meses acordado originariamente a la Conadep (del 22/12/83 al 24/6/84) fue extendido en tres meses más a demanda de ésta. El 20/9/1984 Ernesto Sábató, presidente de la Conadep, entregó formalmente el informe al presidente Alfonsín. Véase también Crenzel, cit.

²⁵ Fernández Meijide, Graciela, *La historia íntima de los derechos humanos en la Argentina (a Pablo)*, Buenos Aires, Sudamericana, 2009, p. 300. De estos 709 casos presentados, indica Fernández Meijide, el Tribunal decidió analizar 280. Crenzel (op.cit., p. 138) da la cifra de 711 casos. La acusación de la fiscalía se proponía demostrar la responsabilidad directa de los Comandantes en los casos presentados. Véase Nino, Carlos, *Juicio al Mal Absoluto*, Buenos Aires, Emecé, 1997, p. 136 y ss.

²⁶ La primera edición de cuarenta mil ejemplares del *Nunca Más*, aparecida en noviembre de 1984, se agotó en dos días. Desde entonces hasta noviembre de

dos de los nueve inculpados, condenas menores para otros tres, y la absolución de cuatro de ellos²⁷. A ese juicio seminal le seguirían, en los veinte años siguientes, diferentes hitos, todos ellos jurídicos: leyes de punto final y obediencia debida, indultos, y por fin, declaración de la nulidad de las leyes de perdón y reapertura de los juicios.

No hubo casi en el Juicio de 1985, como no lo hubo tampoco antes y como no lo habría después (salvo escasísimas excepciones, sobre las que volveré), voces que desde el campo de los perpetradores contribuyeran, con su relato, al esclarecimiento de lo sucedido²⁸. Pero esas voces no eran necesarias para condenar, ni social ni jurídicamente, a los principales responsables del Terror estatal: en las voces de las víctimas y de los representantes del Estado de Derecho, el *Nunca Más* y el Juicio habían logrado establecer inequívocamente una verdad suficiente —la acción criminal sin precedentes de la Dictadura del proceso, la política de desapariciones masivas, la tortura sistemática, el robo de niños nacidos en cautiverio— como para enjuiciar a sus principales responsables.

Del todo diferente, sabemos, fue la operatoria elegida en Sudáfrica. La Comisión de Verdad y Reconciliación tuvo por tarea escuchar a víctimas y victimarios de actos horribles contra los derechos humanos.

2007 se publicaron más de quinientos mil ejemplares. Véase Crenzel, E., *La historia política del 'Nunca Más'*, cit., p. 131.

²⁷ Los Comandantes en Jefe del Ejército y de la Armada, Jorge Videla y Eduardo Massera, integrantes de la primera Junta militar, fueron condenados a prisión perpetua, el Brigadier Agosti, comandante de la Fuerza Aérea e integrante de esa misma Junta recibió una condena de cuatro años y medio. Todos ellos fueron asimismo inhabilitados para el ejercicio de toda función pública. También fueron condenados e inhabilitados para toda función pública el Gral. Viola (diecisiete años) y el Almt. Lambruschini (ocho años), dos de los tres integrantes de la segunda Junta, y resultaron absueltos el Brigadier Grafigna (Fuerza Aérea, segunda junta), Galtieri, Anaya y Lami Dozo (tercera Junta). Tras apelación, la Corte Suprema redujo posteriormente ligeramente las condenas de Viola y Agosti.

²⁸ Carlos Nino (op. cit.) releva con razón este hecho, sobre todo en circunstancias en que, en 1984 o 1985, los periódicos habrían estado dispuestos a retribuir generosamente tales confesiones.

Aquellas víctimas de abusos que así lo demandaran, serían escuchadas por la Comisión de Verdad y Reconciliación y podrían obtener reparación; aquellos perpetradores que, de manera voluntaria, solicitaran dentro de un plazo establecido exponer sus crímenes ante dicha Comisión, serían amnistiados en caso de poder proceder a la “plena exposición” de sus crímenes, siempre y cuando pudieran demostrar que éstos estaban “asociados a un objetivo político”²⁹. Ningún criminal podía saber con seguridad, a priori, si su nombre sería evocado en una denuncia. Quien no solicitara la amnistía y fuera posteriormente inculcado por una denuncia, o quien la solicitara y no procediera a lo que, a juicio de la Comisión, era un relato exhaustivo, proseguiría el camino de la justicia ordinaria. Si se la puede resumir en una frase, puede decirse que la solución inédita a la que se arribó en Sudáfrica redundó en que los principales interesados en decir la verdad serían los propios criminales. Agreguemos además que todas las denominadas “graves violaciones de derechos humanos”, cualquiera fuera su actor o el campo al que perteneciera, eran alcanzadas por esas disposiciones³⁰.

Durante 1888 días en 267 sitios diferentes, con una cobertura mediática permanente, la población sudafricana pudo conocer, en la voz

²⁹ La Comisión de Verdad y Reconciliación seleccionó una parte de las denuncias para su tratamiento oral. La expresión utilizada para la “plena exposición” de los hechos es “full disclosure”. En cuanto al objetivo político, debía demostrarse que no había sido una iniciativa particular del demandante, sino que respondía a lo que podía interpretarse la política de algún grupo, y no debía a su vez estar acompañado de ninguna ganancia personal (robo, etc.).

³⁰ Es decir, la presentación de reparación, como así también la búsqueda de amnistía, involucraba tanto a los partidarios del apartheid, quienes habían cometido sus crímenes en la defensa de lo que la nueva Constitución sudafricana reconoció —en sintonía con la ONU— un crimen contra la humanidad, como también a quienes habían cometido esas violaciones en la lucha *contra* el apartheid. Cabe destacar que la solución sudafricana fue imaginada en una situación en que puede afirmarse que ninguno de los contendientes en pugna tenía, en aquel momento, la fuerza suficiente para imponer sus propias condiciones, pero en que ambos bandos —las fuerzas más

y en las múltiples lenguas de víctimas y victimarios, las historias más tremendas sucedidas bajo sus ojos durante los treinta años precedentes³¹. La sociedad blanca sudafricana tuvo que escuchar, de parte de quienes en buena medida había considerado los protectores de su forma de vida, el relato de las mayores atrocidades. Para no correr el riesgo de ir a prisión los criminales tuvieron que relatar de manera exhaustiva las historias de sus crímenes ante las víctimas o sus familiares. Ni el arrepentimiento ni el perdón fueron condición de la amnistía.

Henos entonces aquí en presencia de dos escenas bien distintas. En la Argentina, el dispositivo judicial puesto en marcha tuvo por efecto fundamental la cárcel de los principales responsables, pero también el silencio casi unánime de los perpetradores. ¿Quién, del campo de los involucrados en el Terror estatal, podía tener interés en hablar? ¿Quién, de entre los militares o sus cómplices, estaría dispuesto a pagar el precio no solo del ostracismo entre sus pares, sino de su propia inculpación? Y si alguna duda podía corroer a alguno de ellos, esa duda terminó de disiparse cuando por fin, uno de ellos habló: en un relato tremendo el Capitán Antonio Scilingo, entrevistado por el periodista Horacio Verbitsky, describió de manera detallada su participación en los vuelos de la muerte, en que desde aviones de la Armada prisioneros vivos eran arrojados al mar³². El resultado, para Scilingo, fue su detención en España, donde había ido en primera instancia a declarar voluntariamente ante el Juez Garzón, y su condena a 640 años por crímenes de lesa humanidad³³. La retractación posterior de Scilingo, negando toda participación en esos hechos, no tuvo efecto sobre su condena. Obviamente, desde entonces ningún perpetrador tuvo la ocurrencia de hablar. Lo que en el terreno de la verdad de los hechos se

radicales del sistema del apartheid, y las organizaciones más radicales antiapartheid— tenían la capacidad de impedir toda pacificación duradera.

³¹ La amnistía alcanzaba a los actos cometidos entre el 1 de marzo de 1960 y el 10 de mayo de 1994.

³² Las conversaciones fueron publicadas en Verbitsky, Horacio, *El vuelo*, Buenos Aires, Planeta, 1995.

³³ Scilingo fue juzgado en virtud de las leyes españolas, que acuerdan a los tribunales españoles jurisdicción universal sobre crímenes de lesa humanidad, genocidio o terrorismo acaecidos en cualquier lugar del mundo.

fue obteniendo en la Argentina —identificación de los cuerpos de los desaparecidos por la exhumación de cementerios clandestinos, recuperación de los niños secuestrados veinte años antes por la vía de la aparición de jóvenes con dudas sobre su identidad que acudían a las asociaciones de familiares de las víctimas— fue casi siempre el resultado lento, dificultoso, de un trabajo incesante de quienes se situaban en el campo de las víctimas de la violencia estatal. Mucho queda hoy sin saberse.

Bien distinta es la situación en Sudáfrica. Individuos culpables de los crímenes más horribles se presentan voluntariamente ante la Comisión para relatar, de la manera más completa, antes sus víctimas, los familiares de sus víctimas pero también ante su propia comunidad, los crímenes perpetrados. Son ellos, los perpetradores, los más interesados en exponer toda la verdad —es la garantía de su amnistía—. Han apostado a decir la verdad a cambio de la amnistía definitiva; nadie los ha forzado a comparecer. Muchos de ellos podrían haber preferido apostar a que su caso nunca fuera conocido, podrían haber apostado al olvido. La escena de la Comisión de Verdad y Reconciliación propone así, propiamente, una economía del perdón: quien cuenta todo el mal que ha hecho, será amnistiado. Es posible que casi todos, si no todos, quienes entran en esa escena lo hagan en función de ese cálculo económico. Pero a la luz de las reflexiones de Arendt podemos imaginar que quienes por ella transitan no saldrán, en muchos de los casos, iguales a como entraron. En el camino se habrán visto obligados, por el mismo dispositivo de amnistía, a reactivar su capacidad de pensar, de enfrentarse a ellos mismos: puestos ante su propio relato, obligados —por su propio interés— a revivir en la palabra, de manera exhaustiva, los actos estremecedores de los que son autores, ¿pueden estos hombres aún seguir olvidando lo que han hecho? ¿pueden seguir eludiendo la conversación con ellos mismos? ¿pueden escapar al remordimiento? Ni el arrepentimiento ni el perdón son condiciones para la amnistía, decíamos. Pero a la luz de los múltiples testimonios descubrimos que hubo, en importantes ocasiones, arrepentimiento, y hubo también, en muchas ocasiones, perdón³⁴.

³⁴ Mucho y muy bueno se ha dicho sobre el efecto curativo, re-humanizador, que la exposición de las historias tuvo tanto para víctimas como para victimarios,

Una segunda diferencia fundamental, ligada a la anterior, separa ambas operatorias: la dinámica de los Juicios instauro en la Argentina una distinción tajante entre victimarios militares y víctimas civiles, entre culpables militares y una sociedad inocente. Las víctimas de la barbarie militar, muchas veces activistas de organizaciones armadas que han ejercido el terrorismo, solo aparecen públicamente en su condición de víctimas, su relato es el relato de su padecer en cautiverio, no el de su hacer en libertad. En Sudáfrica, en cambio, el llamado a la amnistía a través de la exposición completa de la verdad atañe, como ya lo hemos señalado más arriba, tanto a los agentes del apartheid como a los militantes que se han opuesto, de manera violenta, al régimen criminal. Todas las víctimas serán escuchadas, todos los autores de hechos calificables como “graves violaciones de derechos humanos” pueden pedir la amnistía a cambio del relato pleno de sus acciones. En la Argentina el nuevo comienzo ha de fundarse sobre el enjuiciamiento de

sobre el poder creador de comunidad del discurso, sobre la potencia transformadora por la cual el dispositivo de amnistía convertía un mal moral en un bien político. Véase entre otros Cassin, Barbara, “Amnistie et pardon: pour une ligne de partage entre éthique et politique”, in. *Le genre humain: «Vérité, Réconciliation, Réparation»*, Cassin, Barbara, Olivier Cayla et Philippe-Joseph Salazar (dir.), No. 43, Noviembre 2004, éd. Seuil, Paris, pp. 37-57. Véase también, en el mismo volumen, Salazar, Philippe-Joseph, «Une conversion politique du religieux», pp. 59-88. En “A personal encounter with perpetrators” Ginn Fourie, madre de una joven muerta en un atentado terrorista en un bar, el Heidelberg Tavern, realizado por fuerzas del ANC, relata de manera conmovedora el encuentro con los asesinos de su hija. Fourie describe el proceso que lleva “de la tragedia a la curación”, que tiene lugar a través de un reconocimiento del carácter humano de los jóvenes perpetradores, de una creciente disposición a perdonarlos, y de la actitud de éstos que culmina en un abrazo entre los jóvenes y ella, y en la demanda de “counselling” por parte de aquellos con el propósito de encontrar el modo de cerrar un largo período de odio contra los blancos. Véase Fourie, Ginn, “A personal encounter with perpetrators”, in. Charles Villa-Vicencio and Wilhelm Verwoerd, *Looking back, reaching forward. Reflections on the Truth and Reconciliation Commission of South Africa*, Cape Town, University of Cape Town Press, 2000, pp. 230-238. Véase también Antjie Krog, *Country of my skull*, New York, The Three Rivers Press, 1999.

los culpables de las fuerzas militares y policiales, y sobre la reparación de quienes han sido sus víctimas. Los crímenes del personal estatal se saldan ante la justicia, y de hecho, se siguen saldando al día de hoy, veinticinco años más tarde; los crímenes de las fuerzas de izquierda armada han quedado sepultados bajo su condición de víctimas de la violencia estatal. En Sudáfrica, el nuevo comienzo ha de fundarse sobre la reparación de las víctimas, y la reaceptación, a través del reconocimiento de los crímenes, de quienes los han cometido, en la nueva sociedad a venir. Un mismo individuo, un mismo combatiente del ANC puede, a la vez, presentarse para obtener reparación como víctima, y amnistía como victimario. La presentación voluntaria ante la Comisión de amnistía, el relato exhaustivo de los crímenes cometidos, efectiviza el reconocimiento de estos crímenes en tanto tales, como condición para la aceptación en tanto ciudadano de la nueva comunidad multirracial. La escena de reconciliación se dibuja no solo en la reintegración del criminal a la comunidad a través de su demanda de perdón político, de amnistía, sino también en el común reconocimiento de que — pese a las enormes diferencias entre ambos campos— la violencia los ha alcanzado a todos y que, para fundar una nueva comunidad eximida de la violencia, todos deben mostrarse deseosos de incorporarse a ella asumiendo públicamente el carácter criminal de sus acciones precedentes. La escena de confesión y amnistía restituye al culpable de esos crímenes su capacidad de actuar, y con ello, su condición de actor pleno del nuevo comienzo³⁵.

³⁵ Etimológicamente, advierte Philippe-Joseph Salazar, en “perpetrator” se escucha a “aquel que comete los crímenes” y a aquel que “actúa como padre”. En su participación en la escena de constitución de la verdad acerca del pasado, los perpetradores devienen a la vez padres fundadores. Salazar, Philippe-Joseph, “Perpetrator ou De la citoyenneté criminelle”, *Rue Descartes, Philosophies Africaines: traversée des expériences*, 36, Junio 2002, pp. 167-179. Obsérvese, a la luz de nuestras reflexiones sobre Arendt y el pensar, la siguiente afirmación del informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación, Volumen 1, cap. 5: [103] “What is required is that individuals and the community as a whole must recognise that the abdication of responsibility, the unquestioning obeying of commands (simply doing one’s job), submitting to the fear of punishment, moral indifference, the closing of one’s eyes to events or

Retomando nuestro recorrido por las categorías arendtianas podemos decirlo en estos términos: en la Argentina está obturada la posibilidad de la reconciliación porque está obturada la posibilidad de la asunción de la responsabilidad, y está obturada la posibilidad del perdón porque está obturada la posibilidad del arrepentimiento. En tanto la escena de los juicios dispone el castigo de los hechos como opción exclusiva, el reconocimiento público de sus actos, su relato detallado, no solo no es exigida sino que es contraria al interés del inculpado: su confesión solo puede contribuir al castigo. Simultáneamente, la clara discriminación entre el campo de los victimarios estatales y de los eventuales agentes de acciones criminales de las fuerzas insurgentes divide claramente la escena en militares malvados y criminales, y civiles buenos e inocentes. Al mismo tiempo que la escena provee, de manera ejemplar, el castigo para los mayores criminales, no provee las condiciones mínimas para la asunción de las responsabilidades particulares ni para reconciliación alguna, si por reconciliación entendemos el reconocimiento, la asunción, de un peso compartido. En Sudáfrica, en cambio, puede haber perdón porque puede haber arrepentimiento. Y puede haber arrepentimiento, porque la escena dispone, bajo la forma de la economía del perdón, las condiciones no solo “económicas” sino también llamémoslas “existenciales” para la experiencia del remordimiento³⁶. Y puede haber reconciliación porque la escena favorece el reconocimiento de un peso compartido. No hay, en cambio, castigo para quienes voluntariamente comparecen y relatan exhaustivamente sus crímenes, por más horribles que estos sean.

Actores o espectadores de aquellos dos momentos inéditos, el de los juicios en la Argentina, el de la Comisión por la Verdad y la Reconciliación en Sudáfrica, ¿deberíamos acaso optar por alguna de las

permitting oneself to be intoxicated, seduced or bought with personal advantages are all essential parts of the many-layered spiral of responsibility which makes largescale, systematic human rights violations possible in modern states”.

³⁶ En los términos de Arendt, recuperados en la primera parte de este trabajo, podemos decir también que el paso ineludible por el diálogo consigo mismo favorece la restitución del individuo a su condición de persona.

dos escenas? ¿Podemos determinar, en uno u otro escenario, de qué manera se generan, de la mejor manera, las condiciones para un renacer de la politicidad, de una restitución de lo público? No creo que tenga sentido demandar una respuesta a este interrogante: diría, muy someramente, que estamos en presencia de la invención política y que la invención política no es simplemente iterable. Creo, sí, en cambio, que la luz del contraejemplo sudafricano puede permitir iluminar una zona oscura de la escena argentina; nos permite preguntarnos acerca del precio que la opción por la justicia, opción notable, pagó sin embargo, en su cristalización posterior, en la Argentina, en lo que concierne al restablecimiento de una escena pública asentada en la asunción, por parte de sus actores, de una responsabilidad común.

Con ese fin, querría terminar mi intervención dando un paso más en la interrogación acerca de los motivos por los cuales en la Argentina el lenguaje de la reconciliación parece estar absolutamente vedado en el campo de quienes han sido opositores a la Dictadura. Como señalaba, la disposición de la escena en los términos en los que lo he descrito colaboró a la cristalización de un relato que discriminaba, con claridad, dónde estaba el Mal y dónde el Bien —el mal del lado de los militares culpables, el bien del lado de las víctimas inocentes—. En el contraste con la experiencia sudafricana descubrimos que la disposición de esta escena de los Juicios ocluyó la posibilidad de que los propios militares contribuyeran a producir la verdad de sus crímenes. Con ello se dificultó el acceso a una verdad cuya ausencia se hace sentir, aún hoy, de manera lacerante para muchos: el destino de los cuerpos, la identidad de los niños apropiados. Con ello, descubrimos, se dificultó asimismo la confrontación de los propios perpetradores, de manera singular, con sus crímenes —y si nuestras reflexiones anteriores tienen un sentido, se cerró la puerta a la posibilidad del arrepentimiento—. Pero con ello se ocluyó también la posibilidad de que —aún reconociendo la carga de verdad que puede concederse a aquel relato cristalizado— se diera a luz una verdad más compleja³⁷. De una verdad que, al tiempo que debía sostener

³⁷ Ambos relatos se alzaban a su vez en oposición a un tercero, “la teoría de los dos demonios”, que tendía a equiparar la violencia del Terror estatal con la violencia de las organizaciones políticas revolucionarias. Para las

como legado común la convicción de que en la Argentina de los militares había ocurrido lo que nunca debió ocurrir, lo que *nunca más* debe ocurrir —ha ocurrido una forma radical del Mal, revestido en las formas de los campos de tortura, de desaparición y de muerte— no podía reducir, sin embargo, la pregunta de “por qué ocurrió” a una tormenta súbita en que el Mal se abatió sobre los inocentes o en el que el Mal se impuso sobre el Bien.

Porque no podemos ignorar que así como nosotros, mi generación, fuimos las víctimas principales (pero no las únicas) de ese Mal radical, no sus perpetradores, así nosotros, mi generación, contribuimos también a hacer posible su advenimiento. El advenimiento del Terror estatal fue la culminación de un tiempo largo de banalización y legitimación de la violencia política y el asesinato político en la que las organizaciones armadas de izquierda tuvieron una responsabilidad que no podemos desconocer. El Terror estatal no fue su consecuencia necesaria (el Mal no es nunca una consecuencia necesaria), pero aquella banalización de la violencia preparó las condiciones que lo hizo posible. Veinticinco años después de los históricos juicios es posible advertir que detrás de la dificultad, véase la renuencia, por ir más allá de la simplificación —necesaria— de la memoria común parece cobijarse también la resistencia a repensar en qué pudieron muchas de las víctimas, en qué pudo un fuerte movimiento de izquierda radicalizada, contribuir al advenimiento del Mal.

Dicho de otro modo: en la insistencia en el trabajo de la justicia, en la persecución de los máximos culpables, reconocemos el legado de lo mejor de nuestra historia reciente; pero en esa insistencia anida también la negativa a asumir nuestra responsabilidad, la negativa a derogar el relato demasiado simple de culpables e inocentes, del Mal que se abatió

cristalizaciones de los relatos posdictatoriales me permito remitir a mi texto “La responsabilidad como legado”, in. César Tcach (comp.), *La política en consignas. Memoria de los setenta*, Rosario, Homo Sapiens, 2003. En este terreno los trabajos de Hugo Vezzetti son ineludibles: véase Vezzetti, Hugo, *Pasado y Presente. Guerra, dictadura y sociedad en la Argentina*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2002, y Vezzetti, Hugo, *Sobre la violencia revolucionaria. Memorias y olvidos*. Buenos Aires, Siglo XXI, 2009.

sobre el Bien. En la disposición de la escena de la justicia —en la discriminación sin fallas de militares, moralmente malvados y criminalmente culpables, y civiles, moralmente buenos y criminalmente inocentes— queda legitimada la negativa a volver a pensar en el campo de quienes fueron partícipes de la violencia insurreccional, a pensar, también aquí *por fuera de clichés y frases hechas*, cómo, por qué, pudo suceder lo que nunca debió haber sucedido.

Todo intento de repensar la responsabilidad de las fuerzas insurrectas es en la Argentina inmediatamente condenada bajo la acusación de contribuir a sostener la “teoría de los dos demonios”³⁸, de la existencia de dos fuerzas igualmente diabólicas. Sin embargo, tanto nuestro tránsito por las categorías arendtianas como el ejemplo sudafricano deberían ayudar a resistir a esa simplificación —a distinguir dimensiones del mal, a diferenciar responsabilidades y culpas—. Advertimos, en Sudáfrica, que la Constitución provisoria de 1993 da origen a una Comisión que habrá de juzgar, por igual, a los crímenes realizados a favor del apartheid o en contra de él, al mismo tiempo que declara el carácter intrínsecamente malvado, criminal, del régimen de apartheid. Dicho de otra manera, trazada la línea del Mal, de aquello que nunca debió suceder —el régimen criminal del apartheid o, agreguemos, los campos de tortura y desaparición—, nos encontramos frente a una asunción en común por la responsabilidad del futuro asentada en el reconocimiento de la propia responsabilidad pasada³⁹.

³⁸ La “teoría de los dos demonios” es uno de los más recurrentes clichés con que se manifiesta la obturación del pensamiento en el tema de la responsabilidad de las organizaciones revolucionarias que ejercieron la violencia en Argentina.

³⁹ Para algunos ejemplos de la extraordinaria sutileza con que procede en este terreno la Comisión de Verdad y Reconciliación, véase el informe de la Comisión, Volumen 1, cap. 4: [70] “(...) this system of enforced racial separation and discrimination was itself found to be a crime against humanity (...). Thus, those who fought against the system of apartheid were clearly fighting for a just cause, and those who sought to uphold and sustain apartheid cannot be morally equated with those who sought to remove and oppose it. [71] (...) any analysis of human rights violations which occurred during the conflicts of the past, and any attempt to prevent a recurrence of such violations, must take cognisance of the fact that, at the heart of the conflict,

Enormes diferencias separan, no lo ignoramos, la situación argentina de la sudafricana. Baste aquí una sola: en Sudáfrica la política del apartheid constituye el marco de referencia de todas las acciones criminales que han de ser amnistiadas a través de la exposición completa, por presentación voluntaria, de sus autores. En otras palabras, los actos horribles sucedidos en el campo anti-apartheid pueden —aún teñidos por el Mal— situarse en el contexto de la lucha *contra* el Mal. En ese espejo la responsabilidad, en la Argentina, de las fuerzas políticas radicalizadas que proveerían la mayor cantidad de víctimas al Terror estatal, no puede enmarcarse en su lucha *contra* el Terror; esa responsabilidad debe pensarse en relación con el *advenimiento posterior* del Terror. La participación de las fuerzas antiestatales en la violencia no puede, así, justificarse tan sencillamente en los términos de la lucha del Bien contra el Mal, si por Mal entendemos el Terror estatal desencadenado por la Dictadura militar en 1976.

Esta responsabilidad acrecentada de los actores de la violencia antiestatal en la Argentina hace que la asunción de responsabilidades se vuelva allí más significativa, pero también más delicada: en el afán de preservar la línea demarcatoria entre la violencia de izquierda, y el posterior Terror desencadenado desde el Estado, los actores de la

stood an illegal, oppressive and inhuman system imposed on the majority of South Africans without their consent. [73] (...)The recognition of apartheid as an oppressive and inhuman system of social engineering is a crucial point of departure for the promotion and protection of human rights and the advancement of reconciliation in South Africa. [74] The Commission's confirmation of the fact that the apartheid system was a crime against humanity does not mean that all acts carried out in order to destroy apartheid were necessarily legal, moral and acceptable. The Commission concurred with the international consensus that those who were fighting for a just cause were under an obligation to employ just means in the conduct of this fight. [76] (...) Apartheid as a system was a crime against humanity, but it was also possible for acts carried out by any of the parties to the conflicts of the past to be classified as human rights violations. [80] At the same time, it must be said that those with the most power to abuse must carry the heaviest responsibility. It is a matter of the gravest concern when the state, which holds the monopoly on public force and is charged with protecting the rights of citizens, uses that force to violate those rights”.

violencia política de izquierda parecen haber optado por obturar cualquier apelación a su propia responsabilidad⁴⁰. La negativa a pensar su propia responsabilidad, la repetición, en el discurso de buena parte de los sobrevivientes y herederos de aquella izquierda insurreccional, de clichés y frases hechas, nos ponen también en este campo en presencia de individuos que parecen más dispuestos a subsumir su reflexión bajo normas y costumbres ininterrogadas y slógenes congelados que a enfrentar, en la rememoración de los hechos, su propia responsabilidad.

Concluyo entonces esta intervención intentando religar con el comienzo: a diferencia de lo sucedido en Sudáfrica, constatamos que en el debate argentino está vedado evocar los términos de responsabilidad y reconciliación, de arrepentimiento y de perdón, omnipresentes en el proceso sudafricano. He intentado, a través de la lectura de Arendt, sugerir que allí y solo allí donde hay una asunción común de aquello que sucedió *pero no debería haber sucedido* —donde la comprensión de cómo pudo suceder hace posible que pueda también haber, entonces, arrepentimiento por haber contribuido a que sucediera— puede imaginarse la constitución de una escena común de reconciliación. Una apropiación *en términos políticos* de estas nociones solo parece ser posible a partir de la institución de una escena compartida entre quienes pueden eventualmente perdonar y quienes pueden arrepentirse; pero la existencia misma de esa escena compartida, su institución, supone, de una manera u otra, un interés (un inter-est) en común. He tratado de sugerir que ese inter-est se halla presente en el dispositivo de Verdad y reconciliación en Sudáfrica, y está por su parte ausente en el dispositivo de la Justicia en la Argentina.

Ello me conduce por fin a sugerir que el rechazo, en el debate político argentino, a asumir los términos de arrepentimiento, de perdón, de

⁴⁰No quiero que subsistan ambigüedades, y mucho menos si esas ambigüedades podrían servir para amparar los clichés que me importa contribuir a desarticular: creo firmemente que no debe confundirse cualquier forma de violencia política, como la ejercida por las organizaciones armadas en Argentina entre 1968 y 1977 sobre todo, con el Mal radical, que en la Argentina ha tenido la forma de los campos de concentración, tortura y desaparición.

reconciliación, tan presentes en el proceso sudafricano, muestra las huellas no solo, como muchos prefieren creer, de la oposición a que se borren las marcas de la culpa y la inocencia, de los asesinos y las víctimas, sino también de la imposibilidad por erigir, junto a una escena de justicia, una escena donde pueda desplegarse plenamente la verdad de los hechos, donde podamos hacernos responsables por ellos, donde, en la exposición de la verdad, encontremos una escena del inter-est común. La escena instaurada por los juicios, escena extraordinaria, quiero repetirlo una vez más, ha al mismo tiempo cristalizado en un relato que ha obturado la posibilidad del arrepentimiento y del perdón de unos y otros, ha dificultado la exposición y el reconocimiento de la propia responsabilidad. Tal vez, veinticinco años después de los juicios, haya llegado la hora de abandonar los clichés y de volver a pensar si no hay allí algo para pensar. Ojalá este retorno a Arendt pueda contribuir con ello.

¿Fundar una comunidad después del crimen? Anotaciones a un texto de Claudia Hilb*

Diego Tatián

Universidad Nacional de Córdoba - CONICET

I. La pregunta “¿cómo fundar una comunidad después del crimen?” enuncia un problema filosófico y político —explorado asimismo de modo diverso por el derecho, la ética, la antropología, la tragedia...— que la Argentina transita desde hace treinta años, en el curso de los cuales ha motivado una reflexión intensa acerca de las condiciones que permiten una reconstitución y una restitución de la vida colectiva, después del crimen. La hondura del dolor abierto desde entonces ha movilizado una paciente tarea en común orientada a la reparación, y también una búsqueda de comprensión que ha vuelto inmediatas y vívidas grandes piezas de la cultura —*Antígona, Hamlet, el Evangelio...*— con las que las generaciones humanas de diferentes tiempos han

* Bajo el título “Justicia, Reconciliación, Perdón. ¿Cómo fundar una sociedad después del crimen?”, una versión reducida de este artículo se halla publicada en Julia Smola, Claudia Bacci y Paula Hunziker (editoras), *Lecturas de Arendt. Diálogos con la literatura, la filosofía y la política*, editorial Brujas, Córdoba, 2012, pp. 191-205. Más extensa, la versión última del texto que he tomado por referencia conserva solo la segunda parte del título: “¿Cómo fundar una comunidad después del crimen?”.

procurado desvanecer o menguar el sinsentido del sufrimiento, es decir han procurado conferirle un significado poniéndolo en una narración.

¿Cómo fundar una sociedad después del crimen? La celebración del banquete totémico, según la conocida *Urszene de Tótem y tabú* en la cual los hermanos que se habían aliado para asesinar al padre devoran su cuerpo con el propósito de apropiarse de su fuerza, habría dado inicio a la política, la ética, la religión y a la sociedad misma. También al arrepentimiento “sentido en común” y a los dos tabúes que fundan la comunidad de los hombres: la prohibición de matar y de cometer incesto. De manera que —concluye Freud— la sociedad “descansa en la culpa compartida por el crimen perpetrado en común; la religión, en la conciencia de culpa y el arrepentimiento subsiguiente”¹. La persistencia y la actualidad de este episodio arquetípico que acompaña la aventura colectiva de los hombres a lo largo de su tránsito por la historia, ilumina tal vez ciertas zonas oscuras por las que atraviesan las sociedades empíricas y la conciencia compartida frente a algunas circunstancias, pero no da cuenta acabadamente de nuestro interrogante, cuyo objeto no es solo la influencia que ejercen los muertos sobre la comunidad de los vivientes, sino el daño que portan los sobrevivientes; la relación de éstos consigo mismos y con quienes han sido los autores y los perpetradores de ese daño.

II. La reflexión acerca del carácter político del perdón y la reconciliación que, bajo la pregunta “¿Cómo fundar una comunidad después del crimen?”, elabora el texto de Claudia Hilb que ahora nos ocupa —discutible en el mejor sentido de la palabra—, considera temas de enorme relevancia para sociedades marcadas por daños irreparables que no solo deben establecer una paz sino también producir una comprensión y activar la justicia —o más precisamente un castigo—, que en rigor jamás restablece la justicia, ni la produce y cuya función es puramente negativa: evitar los efectos insoportables de la impunidad. Al mismo tiempo, la puesta en relación de la “justicia”, la comprensión y la paz se halla acosada por condiciones políticas, culturales, jurídicas

¹ Sigmund Freud, “Tótem y tabú”, en *Obras completas XIII*, Amorrortu, Buenos Aires, 1994, p. 142-148.

o lingüísticas que, de permanecer intactas, permitirían la reproducción o la repetición del “crimen”. El proceso democrático argentino no solo estuvo orientado por una voluntad institucional de reparación jurídica en relación al pasado, sino también por una preocupación por el futuro común que halló su cifra más precisa en una simple locución adverbial: “Nunca más”, expresión que designa hasta hoy la desembocadura de una militancia extraordinaria sostenida por uno de los movimientos de derechos humanos más importantes y persistentes en el mundo entero.

Quisiera comenzar por la pregunta misma, e interrogarla a su vez, en sus tres términos: ¿fundar una comunidad?; ¿fundar *una* comunidad? ¿fundar una *comunidad*? La pregunta original [“¿Cómo fundar...?”], en efecto, encierra presupuestos no menores, el principal de los cuales es que una comunidad —se entiende aquí: que incluya a quienes han sido objeto de crímenes atroces y quienes los perpetraron— es posible, y es deseable. Si el problema planteado es “cómo hacerlo”, se da por descontado, en primer lugar, que esa comunidad no es inevitable, necesaria ni imposible sino una posibilidad, y en segundo lugar que es una posibilidad deseable.

En mi opinión esa comunidad “después del crimen” no es posible, ni es deseable sin las mediaciones necesarias, que no son únicamente narrativas. Sí es posible la mera coexistencia en una misma ciudad de personas que han cometido crímenes atroces —en la medida en que hayan quedado impunes y sus perpetradores libres—, y las víctimas de esos crímenes, que jamás —o muy excepcionalmente— aceptarían la vía de una amnistía como forma de restituir lo común con quienes torturaron y desaparecieron a sus hijos o a sus padres. Esa coexistencia no podría llevar el nombre de comunidad.

Una observación inmediata que cabría formular en relación a nuestro interrogante sería ésta: a diferencia del arquetipo totémico del banquete fraternal que fragmenta el fundamento hasta entonces monárquico del padre (o cualquier otra variante del mito de la fundación), una sociedad dada que emerge del crimen no puede ser, propiamente, fundada —como si esta decisión de fundar pudiera hacer *tabula rasa* de una historia abierta de hechos dramáticos por los que una población se halla capturada, a veces capturada hasta la demencia—,

sino siempre intervenida, transformada, reestablecida, resguardada, enmendada. Después de la dictadura —y hasta ahora— la sociedad argentina no se vio tanto confrontada con el problema de cómo comenzar, sino más bien con la pregunta por cómo seguir y por las inmensas dificultades que en esta consecución comporta la herencia social del crimen.

Por ello, no es irrelevante la adopción del pronombre indefinido *una*, cuyo referente —la “comunidad” en cuestión— es mentado en la pregunta como si se tratase de algo indeterminado y no como una sociedad dañada muy concreta, confrontada con la necesidad de hacer algo consigo misma tras la violencia. La pregunta bajo la que yo pondría el problema —aunque filosóficamente menos interesante y aunque desmesurada en su formulación— sería esta:

¿cuáles acciones jurídicas, políticas y narrativas es necesario que la sociedad argentina lleve adelante para contrarrestar los efectos del Terror que dañan —de manera irreversible en lo profundo— los cuerpos, los vínculos y la vida misma de muchos de sus miembros, habida cuenta de una historia específica de impunidades, en modo de crear las condiciones de posibilidad de una democracia más extensa y más intensa, ininterrumpida en el futuro —o dicho negativamente: para impedir en cuanto sea posible el resurgimiento del Terror ejercido desde el Estado—?

El texto sobre “¿Cómo fundar una comunidad después del crimen?” parte de discriminar de manera que no es obvia el anhelo social y político de castigo a los responsables de delitos considerados contra la humanidad, respecto de un conjunto de conceptos —verdad, comprensión, arrepentimiento, perdón, reconciliación, capacidad de pensar y de juzgar...—, que serían impedidos por el castigo efectivo o sacrificados a él. Sin embargo, en mi opinión el proceso judicial no impide la verdad, ni la comprensión ni el arrepentimiento (tampoco la comprensión ni el perdón abjurando necesariamente del castigo), ni es la razón por la que “ha sido imposible para represores y guerrilleros revisar su propia acción”, ni la causa por la que, después de tantos años, no contemos con la palabra de los victimarios sobre el destino de las

víctimas, cuyo esclarecimiento sería de tanta importancia para sus familiares.

III. La conjetura de que los militares argentinos se hubieran arrepentido de sus crímenes de haberse producido un proceso semejante al de Sudáfrica —y que además ese proceso hubiera favorecido un relato verídico de los victimarios— no resulta evidente; de hecho, cuando las leyes de punto final y obediencia debida se hallaban vigentes, se realizaron juicios por la verdad histórica sin que se obtuviera de ellos nada interesante ni diferente. De igual modo, salvo excepciones, entre los protagonistas de las organizaciones armadas de izquierda casi no hubo un proceso de revisión de sus acciones (esa revisión e incluso el arrepentimiento se produjo más entre quienes participaron en la lucha política que entre quienes fueron protagonistas directos de la lucha armada) aunque desde hace mucho no están sometidos a procesos judiciales.

La discusión que propone Claudia Hilb —como siempre que una reflexión llega al núcleo de un problema, que en este caso es filosófico, político y también biográfico— pone en marcha interrogantes que no objetan necesariamente la argumentación central sino más bien dan prueba de su fecundidad: ¿por qué no universalizar la vía de una reconciliación que restaure la comunidad prescindiendo del castigo a toda clase de delitos comunes —leves o atroces— y restringirla solo a casos de crímenes “asociados a un objetivo político”? ¿Por qué no extender la tarea de crear condiciones para una reconciliación entre delincuentes y víctimas de cualquier tipo de hechos criminales que suceden todos los días, condiciones de una reconciliación que únicamente pasaran por el tamiz del lenguaje y prescribieran la obligación de un relato verídico que confronte al delincuente consigo mismo en el modo de una inscripción pública de sus actos criminales en una narración, con total prescindencia del sistema punitivo?

¿Y por qué dificultades y de qué orden Hannah Arendt no consideró pertinente su reflexión acerca del perdón y de la reconciliación para el caso de Adolf Eichmann, sino más bien por el contrario —aunque diferenciándose en su argumentación de los jueces israelíes que llevaron adelante el proceso de Jerusalén— justificó en la célebre página final de

su “reporte” la condena a muerte de quien se presentaba a sí mismo como un simple “técnico”, cuyo trabajo había tenido por efecto el exterminio de millones de judíos?² ¿Nos conduciría una perspectiva arendtiana a perdonar a Eichmann, en el caso contrafáctico de que su relato durante el juicio en lugar de haber estado inscripto en la banalidad, la mala fe, la cobardía y la estupidez, hubiera ofrecido un arrepentimiento verdadero ante la opinión pública mundial? ¿Por qué, en rigor, “ningún miembro de la raza humana puede desear compartir la tierra” con él? Y a la inversa: ¿por qué no sería aplicable a quienes ejercieron el Terrorismo de Estado en la Argentina, la misma conclusión a la que llega Arendt en relación a Eichmann?³

La primera cuestión remite a la discusión que plantea la posición abolicionista, cuya variante más radical desestima el castigo —en particular el encierro penitenciario— como respuesta a delitos de cualquier índole (incluso los de lesa humanidad), y ha producido un conjunto de trabajos de mucho interés, cuya consideración nos desviaría de nuestro objeto y no sería pertinente —aunque sí lo es la pregunta de fondo: ¿por qué no extender las condiciones de reconciliación y de perdón a delitos comunes, etc.?—.

El segundo problema —referido a los límites del perdón y de la reconciliación— remite a la pregunta por lo imperdonable y lo irreconciliable, que a su vez convoca el motivo kantiano del “mal radical”, reelaborado por Arendt en su reflexión acerca del totalitarismo. Esta última temática no es impertinente para nuestro asunto. El Terrorismo de Estado argentino no fue simplemente ejecutado por actores que perseguían un objetivo político y que en ese propósito no

² Hannah Arendt, *Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal*, Lumen, Barcelona, 2000, pp. 419-421.

³ “Y del mismo modo que tú apoyaste y cumplimentaste una política de hombres que no deseaban compartir la tierra con el pueblo judío ni con ciertos otros pueblos de diversa nación —como si tú y tus superiores tuviérais el derecho de decidir quién puede y quién no puede habitar el mundo—, nosotros consideramos que nadie, es decir, ningún miembro de la raza humana puede desear compartir la tierra contigo. Esta es la razón, la única razón por la que has de ser ahorcado” (*Ibid.*, p. 421).

sabían lo que hacían, antes bien ni sus procedimientos ni el relato que los justificaba —hasta hoy intacto— estaban exentos de estupidez y de maldad. De existir lo imperdonable —actos imperdonables—, los sujetos que los perpetraron solo podrían obtener perdón en una dimensión ética, o religiosa, mas no jurídica —y esto relativamente—, pues quienes en su intimidad podrían perdonar ya no están, y los familiares y compañeros de quienes ya no están podrían, a lo sumo, perdonar por su dolor pero no por el dolor de quien ya no puede perdonar. No es posible perdonar por otro. En cuanto al perdón jurídico, no es tal si se decreta de manera externa y contra la voluntad explícita de quienes portan un daño —no obstante existir un mecanismo constitucional que así lo prevea—, ni se impone desde el Estado, y por ello en mi opinión no puede tener un estatuto solo jurídico. Puede ser concedido por voluntad y decisión de quien ha sido objeto de un daño y se encuentra afectado por él. Si ocurre lo primero sin lo segundo, *la amnistía será indistinguible de la impunidad*.

Ciertos actos resisten ser elaborados por un puro procedimiento voluntario de verdad, y mucho más por una decisión gubernamental abstracta que privilegie la conveniencia pragmática de cerrar el pasado como si no hubiera existido, a partir de considerar la imposibilidad —o la interminabilidad— de su revisión jurídica y política. Más bien lo imposible es que esa decisión revista eficacia, y que la sociedad sobre —contra— la que se aplica no quede capturada en la injusticia (concepto que, a diferencia del de justicia, comprendemos muy bien) e inmersa en una constante irrupción de síntomas sociales de autodestrucción y de violencia, en los que se manifestaría, de manera imprevisible, el daño.

IV. La alternativa entre la Verdad y la Justicia como opciones “ejemplares” para salir del crimen, así como la comparación misma entre la vía sudafricana y la vía argentina en tanto experiencias que afrontan de diferente modo una circunstancia que sería similar, no obstante su productividad filosófica, encuentran limitaciones que resultan a mi entender de no considerar con la necesaria prioridad subjetividades políticas e historias que son completamente distintas —y en último término por considerar que se trata de “opciones”—. La sugerencia de recurrir al “contraejemplo sudafricano” para “iluminar

una zona oscura de la escena argentina” no me parece exenta de equívocos. Esa oposición —o comparación— permitiría “preguntarnos acerca del precio que la opción por la justicia, opción notable, pagó sin embargo, en su cristalización posterior, en la Argentina, en lo que concierne al restablecimiento de una escena pública asentada en la asunción, por parte de sus actores, de una responsabilidad común”. La pregunta inversa —que el texto no se formula— acerca del “precio” de la “opción” sudafricana por la amnistía probablemente revelaría que fue mucho más alto y sus “zonas oscuras” mucho más oscuras (más aún: resulta improbable que en Sudáfrica se haya verificado efectivamente un proceso social conformado por un real reconocimiento del crimen, el arrepentimiento, el perdón y finalmente la reconciliación).

Sin embargo, esta pregunta inversa me parece igualmente equívoca por cuanto la comparación misma —que por lo demás no es nunca una mera comparación— lo es. Y en todo caso, más ajustada resultaría esa comparación con la manera en que los países latinoamericanos —cuya historia reciente es similar a la nuestra— elaboraron (o dejaron de hacerlo) los efectos inferidos a sus sociedades por sus respectivas dictaduras militares, que actuaban en coordinación por el Plan Cóndor. Una comparación, pues, con el “contraejemplo” chileno más bien que con la vía sudafricana acaso revelaría conclusiones de mayor pertinencia para la autorreflexión política argentina, por cuanto la deriva chilena (con sus variantes, también pueden considerarse aquí comparativamente las transiciones democráticas en Uruguay, Paraguay o Brasil) es la alternativa real —y no la sudafricana— que hubiera podido adoptar la democracia argentina en 1983 —de hecho esa alternativa era la que entonces explicitaba la propuesta electoral del Partido Justicialista—, y continuado hasta ahora. En cambio, la política argentina de derechos humanos es invocada como una constante referencia por muchas fuerzas democráticas en Latinoamérica, y ha ejercido una influencia no menor en los comparativamente escasos avances para desactivar los efectos del terrorismo de Estado en los países de la región.

Más que afirmar la “opción por la Verdad” y la “opción por la Justicia” como alternativas, y más que establecer una “comparación” entre las marchas y contramarchas de la democracia argentina en

relación al Terrorismo de Estado y el proceso sudafricano impulsado por Mandela —que no es meramente descriptiva y no está exenta de efectos políticos en el momento en el que se producen juicios en todo el país largamente esperados por los organismos de derechos humanos—, me inclinaría a remarcar la singularidad incomparable y la excepcionalidad del proceso político argentino en el modo de elaborar su propia historia reciente. Y secundariamente me pregunto si la “opción” sudafricana por la amnistía (condicionada a la verdad) no es una vía —la única posible en este caso— impulsada por Mandela con inteligencia habida cuenta las condiciones de impotencia política, tras el *apartheid*, para una sanción jurídica de crímenes atroces.

Mi hipótesis por tanto es diferente, si no contraria, a la que se sugiere en el texto de Claudia Hilb: la Argentina es un país más justo y más verdadero a la vez, por el hecho —singular en la historia latinoamericana hasta entonces y hasta ahora— de haber asumido la intermitente decisión política, social y judicial —siendo imprescindibles las tres— de condenar los crímenes del Terror ejercido desde el Estado entre 1974 y 1983 (escribo este comentario cuando se lleva adelante el juicio por la masacre de Trelew, por lo que debería retrotraerse a 1972 el año en el que tiene inicio el Terror estatal que ahora se juzga). Los hitos fundamentales de esa decisión fueron el juicio de 1985 a las Juntas que gobernaron el país durante la dictadura, y la actual reapertura de los juicios a crímenes contra la humanidad desde la anulación por inconstitucionales de las llamadas leyes del perdón en 2004. No se trata, según creo, de hechos que puedan contraponerse, como si los juicios de los años ochenta estuvieran dotados de “enormes virtudes originarias” que la actual “insistencia” en la vía judicial hubiera perdido, “cristalizado” o mal-versado, y cuyo solo efecto fuera el bloqueo de una posible reconciliación (ajustado y prudente, el artículo de Claudia Hilb no afirma directamente esta contraposición pero, si no leo mal, la sugiere). Antes bien, ambos episodios establecen una línea de continuidad indudable —que el actual gobierno en muchas ocasiones omite, como omite otras conquistas sociales obtenidas en los años ochenta que antecedieron y en cierto modo permitieron la radicalización de derechos en curso— y deben ser considerados como partes de un

mismo proceso de consolidación democrática. Si el segundo debe mucho en su posibilidad al primero (y a la valentía del presidente Alfonsín de afrontar la vía institucional de la justicia no obstante la debilidad objetiva de la democracia recién recuperada para emprender juicios de semejante magnitud política, seguramente los más importantes de la historia institucional argentina), a la vez continúa lo que fue interrumpido por la extorsión militar que obligó al Parlamento a sancionar las leyes llamadas del perdón.

Esta laboriosa tarea de la justicia no ha impedido ni bloqueado la verdad, sino recabado, también laboriosamente, las —sin duda insuficientes— informaciones de las que se disponen, y colaborado con la recuperación de ciento siete de las aproximadamente quinientas identidades de niños robados, que con toda probabilidad hubieran quedado ocultas para siempre si la deriva argentina hubiera prosperado hacia una amnistía en cualquiera de sus modalidades: autoamnistía, amnistía extorsiva o amnistía condicionada a la verdad (en una variante semejante a la sudafricana en 1995).

V. La capacidad de pensar y de juzgar el pasado reciente y de formular las preguntas correctas con relación a él —que es en efecto una capacidad de no sucumbir a la mera reproducción, a la repetición mecánica y a la consigna necia— se libera gracias a —y se conjuga con— la paciencia de un trabajo cuando obtiene sus frutos institucionales y sociales y permite así al pensamiento y a la conversación pública adoptar finalmente una forma distinta del reclamo y la demanda.

¿Cómo es posible liberar la capacidad de juzgar de su captura en la demanda? En mi opinión solo el cumplimiento de la accidentada vía judicial emprendida por la democracia argentina hace veintisiete años y el consiguiente castigo de quienes fueron los responsables de la decisión de “aniquilar” y exterminar desde el Estado a los miembros de las organizaciones armadas y otros opositores políticos por fuera de todo marco legal, es la única posibilidad de la que disponemos para crear las condiciones que permitan la tarea colectiva de comprender por fuera de clichés y frases hechas; la tarea de emprender un relato menos simple, diferente del que presenta las cosas como si se tratara “del Mal que se

abatió sobre el Bien”; la tarea de indagar la responsabilidad de la violencia insurreccional en el establecimiento del Terror, y desarrollar de otro modo la pregunta acerca de “cómo, por qué, pudo suceder lo que nunca debió haber sucedido”. Esas tareas y esta pregunta serían a mi entender imposibles —social y políticamente imposibles— de haber persistido una situación de impunidad decidida desde el Estado por acción o por inacción (incluso si esa decisión llegara a ser resultado de una consulta plebiscitada).

El castigo compensa de algún modo —insuficiente y necesario modo— a víctimas y sobrevivientes inmersos en el continuo de la tortura y el dolor, que son esencialmente atemporales y continúan sucediendo sin perder su inmediata intensidad, al punto de que —cientos de testimonios de familiares así lo corroboran— no se inscriben ni suceden en el tiempo sino al revés: el tiempo y lo que trae su cotidiano transcurso suceden en el dolor que, por tanto, no *pasa* —en sentido cronológico de la palabra—.

Anotaciones a las anotaciones de Diego Tatián

Claudia Hilb

Instituto de Investigaciones Gino Germani,
Facultad de Ciencias Sociales, UBA-CONICET

Ante todo, quiero agradecer a Diego Tatián la atención prestada a mi texto. Me siento honrada por el hecho de que haya considerado que valía la pena reaccionar a él, y agradecida por el tono siempre respetuoso, aunque no por ello complaciente, con el que lo hace.

Van, acá, mis propios comentarios un poco desordenados (y algo repetitivos tal vez) a sus anotaciones.

1. En primer lugar, creo que en la respuesta de Diego se manifiesta una diferencia importante entre lo que mueve a su reacción, y lo que me movió a mí escribir ese texto. Diego entiende que el objeto sobre el que estamos discutiendo es “el daño que portan los sobrevivientes, la relación de estos consigo mismos y con quienes han sido los autores y perpetradores de ese daño”. Yo, por mi parte, entiendo que el objeto al que me refiero es esencialmente el de la responsabilidad de quienes han perpetrado el daño, y a las condiciones en que la asunción de la responsabilidad puede ser o bien favorecida, o bien obturada, por el dispositivo institucional. Diego entiende que el problema que nos ocupa es exclusivamente el de perpetradores y víctimas, separadas en dos campos identificables claramente; yo creo que el problema que nos

ocupa es el de un pasado reciente que al mismo tiempo que reconoce como su punto más horroroso el Terror estatal, que se realiza en la existencia de los campos, las desapariciones, las apropiaciones de niños nacidos en cautiverio, no puede al mismo tiempo soslayar que ha sido atravesado por la violencia de actores de distintos campos. Y que este atravesamiento de la violencia —de una situación de legitimación de la violencia, que es previa al horror desencadenado por las fuerzas estatales en 1976— no puede ser ignorado cuando nos preguntamos cómo, desde dónde y con quiénes, reconstruir los lazos de una sociabilidad civilizada.

2. Es a partir de esta diferencia de énfasis, o de perspectiva, que siento que muchas veces los comentarios de Diego se sitúan por fuera de mis argumentos. Y es por ello que mis propias anotaciones, más que discutir las aseveraciones de Diego, discuten su relación con mi escrito. Así, quiero insistir en que mi reflexión sobre el arrepentimiento, la reconciliación o el perdón es inescindible de mi afirmación de que no ha habido solo víctimas moralmente buenas, y victimarios moralmente malvados, en el horror de nuestro pasado político reciente. O dicho de otra manera, que ha habido también victimarios en el campo de las víctimas, y víctimas en el de los victimarios, y que ese solo hecho ya debe complicar nuestra reflexión acerca del bien y del mal. A ello agregó que en ningún momento propongo el perdón de los asesinos como solución deseable en reemplazo del juicio, sino que me pregunto cuáles son las consecuencias de haber descartado toda posibilidad de favorecimiento de una situación de mayor provisión de verdad, y cuáles podrían haber sido las condiciones y las consecuencias de haber buscado favorecer una situación tal. Por ello, y con esto voy a un primer punto concreto, el comentario de Diego sobre la universalización del perdón me parece que yerra el blanco de mi texto: mi texto no es un texto sobre el perdón en general, ni es un texto sobre el modo en que las sociedades hacen frente a la punición del delito, u optarían eventualmente por no punirlo. Es un texto situado específicamente en el contexto de la salida del régimen de Terror en Argentina, régimen de Terror que representa tal como yo lo entiendo la cristalización horrorosa —y para nada necesaria— de un período extendido de fuerte legitimación de la violencia política.

3. Respecto de la reflexión acerca de *Eichmann en Jerusalem*: no puedo entrar en el detalle, pero disiento aquí también con Diego: el perturbador párrafo final de ese libro no es apto, a mi entender, para una utilización pragmática a favor de un argumento, sea éste el de Diego o el mío. Si lo tomamos al pie de la letra, como entiendo que Diego pretende hacer, entonces Videla, Massera y compañía debieron ser colgados. Pero en Argentina se optó —y a todo honor, agregaré— por someter a estos grandes criminales a la justicia ordinaria. Esta diferencia esencial nos coloca, a mi modo de ver, por fuera del argumento de ese párrafo final del libro de Arendt, lo entendamos como lo entendamos (y no estoy segura de entenderlo como lo entiende Diego).

4. Respecto de las reflexiones de Diego acerca del perdón y de quiénes pueden perdonar:

a) creo que la reflexión de Diego sobre el tema es pertinente, interesante, importante, y que puede ser motivo de sucesivos desarrollos, de él, míos, o de otros. Sin embargo, no puedo tomar por definitiva su afirmación que, de existir lo imperdonable, solo podría existir el perdón ético o religioso: ello nos obligaría a detenernos más largamente en saber si existe lo imperdonable y cómo determinarlo, a distinguir el acto imperdonable de su agente, a interrogarnos sobre las condiciones en que ese agente es el autor del acto imperdonable... Y aún si pudiéramos hacer todo esto, aún así el tema no podría resolverse en una frase, ni de él ni mía, sino que exigiría una meditación más prolongada (imagino que Diego estará de acuerdo en esto). No ignoro por supuesto que en mi escrito, con ayuda de Arendt, me aventuro en ese terreno, pero estimo que no hago sino aventurarme para obtener un nuevo ángulo de visibilidad. Reitero, entonces, que la preocupación de mi texto no es otorgar el perdón, ni proponer que se lo otorgue, sino lanzarlo al ruedo para la consideración, reflexionando acerca de los motivos de la imposibilidad de un discurso que lo tenga en cuenta, que se interrogué al respecto.

b) No sé si entiendo muy bien qué quiere decir Diego cuando dice que los procedimientos y el relato de quienes perpetraron el terrorismo de Estado no estaban exentos de estupidez ni de maldad. Si entiendo bien, dice que hubo ambas cosas —estupidez, que sería, si referimos a

Arendt, ausencia de pensamiento, y maldad, que refiere a un mal hecho adrede—. Nuevamente: mi recorrido en el texto, mucho más que responder asertivamente, pretende abrir una interrogación al respecto; pretende plantear el interrogante de saber si, a la luz de la experiencia sudafricana, es posible imaginar que quienes actuaron rehusando a pensar aquello que hacían pueden ser —algunos de ellos y en ciertas condiciones— alentados a rememorar, a pensar, y si esa rememoración puede eventualmente conducir al arrepentimiento. Y ello, con dos finalidades: la primera, pensar si ello podría contribuir a producir una verdad que permitiera recuperar las historias, los cuerpos, los niños apropiados; la segunda, intentar contribuir a pensar un impensado, a generar las condiciones para una proliferación de relatos que perturbe las cristalizaciones demasiado sencillas sobre los buenos y malos, los culpables e inocentes, de nuestra historia reciente.

c) Por fin: no propongo ninguna amnistía, en ningún momento. No obstante, puedo entender que se rechace la posibilidad de siquiera considerar la pertinencia de una reflexión que eligiera otro objeto que el del castigo y la justicia, exclusivamente, para los crímenes que se han cometido en Argentina. Por mi parte, propongo que consideremos aquello que la insistencia exclusiva en la justicia puede estar obturando, tanto en lo que concierne a nuestra comprensión del pasado reciente, como a la imaginación de los modos de darle tratamiento en tanto comunidad política. Creo en efecto que es, desde el punto de vista político, posible e interesante pensar en la posibilidad de soluciones político-jurídicas que tomen en cuenta reducciones de pena a cambio de aportación de verdad —tal como lo han sugerido con nulo éxito Graciela Fernández Meijide y Claudio Tamburrini antes que yo—. Y creo también —para repetir lo ya dicho de otro modo— que es importante, desde el punto de vista ético-político, y de reflexión sobre el pasado reciente, que nos interroguemos sobre las condiciones del mal, sobre cómo hombres comunes pueden llegar a cometer delitos aberrantes, sobre si hay, en quienes los cometen, posibilidades para su reconversión en miembros de una comunidad compartida, en suma, sobre cómo puede una comunidad lidiar con las circunstancias que condujeron al desencadenamiento de una barbarie que nunca debería haber sucedido.

5. No creo en ningún momento sugerir siquiera que debería cerrarse el pasado como si no hubiera existido —es una frase de Diego, y creo entender que lateralmente o no tanto sería yo la destinataria—. Pretendo, por el contrario, contribuir a que miremos el pasado con una mirada liberada de los clichés que lo convierten en un relato congelado, más apto para las buenas conciencias perezosas (que así lo cierran) que para los espíritus reflexivos. En suma, propongo, aún con todas las dificultades del caso, que abramos el relato del pasado a una proliferación de voces. Las dificultades del caso: ¿cómo mantener, me pregunto siempre y también en ese texto, simultáneamente la afirmación necesaria, tajante, acerca del Mal que no debe repetirse *nunca más*, y la reflexión sobre su advenimiento, sobre otros males, sobre otras violencias, de las que no hemos sido solo víctimas sino también responsables? Es un desafío al que creo que mi generación, que no es ya la de Diego, debe (responsablemente) hacer frente.

6. Creo haber insistido hasta el límite del buen gusto en mi texto de que no propongo que habría que elegir la opción sudafricana contra la opción argentina, y haber repetido con insistencia en la diferencia que existe entre ambas situaciones. Creo haber dicho también explícitamente que no me interrogo sobre el precio en justicia que se pagó en Sudáfrica, porque me interesa pensar el caso argentino —lo mío no es ni sabría ser entendido como un ejercicio de política comparada—. Por ello, me sorprende en este punto la incomprensión de Diego respecto de mi propósito: Diego me sugiere que debería no tomar el caso sudafricano, sino el chileno o brasileño, como espejo donde mirar al caso argentino, pero ¿qué podría yo decir de nuevo sobre la salida jurídica en la Argentina, salvo alabar una vez más sus virtudes, si la comparara como me propone Diego con el muy inferior resultado, en justicia y también en verdad, en Chile o Brasil? ¿Acaso significaría algún aporte al pensamiento decir lo que todos aquellos con los que tiene sentido discutir sabemos: que preferimos los juicios a la impunidad? Mi intención, que creo explicitada claramente, es iluminar con el contraejemplo sudafricano, ciertamente tan distinto del argentino, aspectos que a esa luz se vuelven visibles: el precio en verdad, la imposibilidad del lenguaje del arrepentimiento, el perdón y la reconciliación. E interrogarme al respecto.

7. Diego me reprocha, entonces, afirmar como alternativas la opción por la verdad y la opción por la justicia, y dice que por su parte se inclinaría a remarcar la excepcionalidad del proceso político argentino. Solo puedo reiterar que no es mi propósito afirmar esa alternativa como tal, y que si no escribo para remarcar la excepcionalidad del proceso político argentino (aunque la remarco) es porque mi propósito en esta ocasión no es sumar mi voz a las voces que —con razón— han marcado su “singularidad incomparable”, sino interrogar sus puntos ciegos.

8. Por fin, Diego afirma una hipótesis que dice ser “diferente, si no contraria” a la mía: que la Argentina es un país más justo y verdadero por haber condenado los crímenes del Terror de Estado desde 1974 a 1983, e incluso, desde 1972. ¿Más justo y verdadero que qué? preguntaría yo, ¿más justo y más verdadero que si hubiera optado por la impunidad? Claro que sí. Pero, ¿en qué es esa hipótesis contraria a la mía? ¿Acaso alguien, leyendo mi texto, puede pensar que yo habría preferido la impunidad a los juicios? ¿O quiere decir con eso Diego que la Argentina es un país más justo y verdadero que Sudáfrica? Diego no escribe eso, ni sé si lo escribiría. Tal vez, si lo escribiera, yo podría objetar esa afirmación en lo que a la verdad concierne, pero no es lo que me interesa. En lo que a mi indagación se refiere, y repitiendo una vez más lo ya dicho, el mío no es un ejercicio de comparación. Es, en el mejor de los casos, un intento de sacar a la luz, iluminadas por una solución tan diferente como la sudafricana, cosas que —tomadas en la lógica exclusiva de la salida jurídica— han quedado en la Argentina sin verse o sin decir.

Diego Tatián concluye su texto señalando que si es posible hoy juzgar y pensar el pasado reciente ello es consecuencia de “la accidentada vía judicial emprendida por la democracia argentina hace veintisiete años”, y que es a partir de allí que podemos imaginar que será posible emprender la tarea de pensar por fuera de frases hechas. Estoy de acuerdo con él, tanto más cuanto que es precisamente eso, el pensar por fuera de clichés y frases hechas, lo que mi texto trata de hacer. Partamos, sí, de reconocer la virtud de la vía jurídica, pero no sigamos dejando para otro día la tarea de emprender relatos menos simples. Han pasado casi treinta años; creo que ya es tiempo de pensar aquello que la

insistencia en el castigo exclusivo de los perpetradores estatales nos está impidiendo pensar, o nos está permitiendo ocluir, y lo que la negativa a pensar está quizá, a su vez, impidiendo conseguir. En justicia, en verdad, y por qué no, en reconciliación.

Tal vez no se trate de fundar, tal vez la comunidad no sea tal, y ciertamente no hay —tal como yo lo entiendo, y como bien lo dice Diego— una comunidad “una”. Pero fundar una comunidad después del crimen es ante todo, tal como yo intento pensarlo, meditar acerca de cómo podemos nosotros, los actores de los años de plomo, transmitir a las generaciones sucesivas, treinta años después, un relato que se aparte de la repetición vindicativa o resentida de una fractura que culminó en el Terror. Probablemente —vuelvo al comienzo— esta diferencia de énfasis o de perspectiva entre Diego y yo pueda explicar cierta sensación de inadecuación que tengo yo al leer las anotaciones de Diego Tatián, y sin duda habrá tenido él al leer mis anotaciones a las suyas.

Sección II

Discusiones:
Cortes

Control de constitucionalidad y delegación legislativa

Rodrigo Sánchez Brígido

Universidad Nacional de Córdoba
Universidad Blas Pascal, Córdoba

Resumen: Los sistemas constitucionales contemporáneos suelen, en casos excepcionales, conferir al Poder Ejecutivo facultades legislativas. De acuerdo a la Constitución Argentina, por ejemplo, la delegación debe efectuarse en materias circunscriptas a asuntos de administración o emergencia pública, por cierto tiempo, y mediante una ley que fije las bases de la delegación. Un interrogante natural, en ese marco, es cómo proceder cuando las bases de la ley delegante, aun si circunscriptas a asuntos de administración o emergencia pública y por cierto tiempo, son demasiado genéricas o indeterminadas. La Excm. Corte Suprema ha propuesto, siguiendo los lineamientos de la jurisprudencia norteamericana del *intelligible standard*, una respuesta a ese interrogante: ha fijado una doctrina acerca de cómo juzgar la constitucionalidad de esos decretos. El ensayo intenta mostrar que la doctrina de la Corte argentina en realidad propone dos reglas diferentes sobre cómo juzgar la constitucionalidad de esos decretos. El inconveniente estriba en que solo una de esas reglas es relevante para resolver el problema de qué hacer con las leyes delegantes demasiado genéricas, y esa regla es inaceptable por varias razones. Se efectúan, finalmente, algunas sugerencias acerca de cómo proponer una regla aceptable.

Palabras clave: Delegación legislativa – *Standard* inteligible – Bases genéricas o indeterminadas – Política legislativa - Interpretación restrictiva

Los sistemas constitucionales contemporáneos suelen conferir al Poder Ejecutivo facultades propias de otros poderes, como las facultades legislativas. Las delegaciones de facultades suelen justificarse en base a que muchos problemas no pueden ser atendidos por el procedimiento ordinario de sanción de las leyes, por su complejidad técnica y el tiempo que insumen. La delegación es vista no obstante, a la luz del principio de división de poderes, como excepcional. El problema radica en que no siempre resulta claro el alcance de esas excepciones.

La jurisprudencia suele encargarse, cuando no hay una norma explícita sobre el particular, de ir moldeando el alcance de esas excepciones. En los Estados Unidos, por ejemplo, la Corte de ese país ha dejado sentada la doctrina según la cual no basta que el Congreso manifieste su voluntad de delegar cierta atribución. Debe fijar además un patrón o principio inteligible al que la persona o cuerpo autorizado tiene que conformarse¹.

En la República Argentina existe una norma explícita. La reforma constitucional de 1994 fijó de modo expreso, en efecto, el alcance de las excepciones. El art. 76 de la Constitución Nacional permite la delegación solo por vía de excepción y cumpliendo ciertas pautas. Debe existir una ley del Congreso en la que se efectúe la delegación, a la que llamaré “ley delegante”. Y el Poder Ejecutivo puede ejercer las facultades delegadas mediante el dictado de decretos, a los que llamaré “decretos delegados”, siempre que se enmarquen en la ley delegante. Dicha ley debe reunir tres requisitos: la delegación debe restringirse a materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio, y debe indicar las bases de la delegación².

¹ *Loving v. United States*, 517, U.S. 748, 758 [1996]. Las primeras enunciaciones de esta doctrina pueden rastrearse en *Panamá Refining Company v Ryan*, 293 U.S., 398, y *Schechter Poultry Corp. V United States*, 295 U.S., 495.

² El art. 76 dispone: “Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa”.

La norma constitucional no terminó de despejar, por cierto, la controversia sobre el alcance de las excepciones. Así, por ejemplo, no es claro qué debería entenderse por “materias de administración” o “emergencia pública”. Tampoco es claro cuál es el tiempo razonable de delegación, entre otros inconvenientes.

Uno de los problemas más acuciantes, en ese marco, es cómo proceder cuando las bases de la ley delegante, aun si circunscriptas a asuntos de administración o emergencia pública y por cierto tiempo, son demasiado genéricas o indeterminadas. Si fuera admisible ese tipo de indeterminación, en efecto, parece que el Congreso podría dar una autorización al Poder Ejecutivo casi ilimitada para legislar. Dicho de modo simple: dada una ley delegante que faculta al Ejecutivo a dictar un decreto delegado en un asunto determinado de administración, por cierto tiempo, pero con bases excesivamente laxas, la ley delegante se acercaría mucho a una ley “en blanco”, que pondría en duda el carácter excepcional del ejercicio de facultades legislativas por el Poder Ejecutivo.

La Corte Suprema de la Nación Argentina ha fijado recientemente una posición sobre ese problema. En “Colegio Público de Abogados” (Fallos 331:2406) estableció, en efecto, que los decretos delegados deben satisfacer ciertos recaudos especiales cuando las bases sean demasiado genéricas e indeterminadas.

En este ensayo quiero examinar brevemente esa doctrina de la Corte argentina. Intentaré mostrar que la doctrina es confusa, pues el tribunal ha propuesto distintos criterios sobre cuándo la doctrina es aplicable y sobre qué recaudos deben satisfacer los decretos delegados para ser constitucionales. Sugeriré luego que, si se despeja esa confusión inicial, la doctrina puede ser vista como proponiendo dos reglas diferentes sobre cómo juzgar la constitucionalidad de decretos delegados. El inconveniente es que solo una de esas reglas es relevante para resolver el problema de qué hacer con las leyes delegantes demasiado genéricas. Y esa regla es inaceptable por varias razones. No constituye por ello un avance para el problema que pretendía resolver. Esa tarea está todavía

El art. 100 inc. 12, por su parte, exige que los decretos sean refrendados por el Jefe de Gabinete de Ministros y sometidos al control de la Comisión Bicameral Permanente del Congreso.

por hacerse. Propongo finalmente algunas sugerencias muy breves sobre cómo deberían sortearse algunos obstáculos a la hora de realizar esa tarea.

Aunque el ensayo está circunscripto a la doctrina de la Corte argentina, creo que será de utilidad para extraer algunas conclusiones generales sobre cualquier intento por fijar límites materiales a la delegación legislativa.

El caso

En “Colegio Público de Abogados” se discutía la constitucionalidad del decreto delegado 1204/01, por el que se pretendía relevar a los abogados del Estado Nacional de la obligación de inscribirse en la matrícula fijada por el Colegio de Abogados de la Capital y de pagar un derecho fijo en actuaciones judiciales establecido por la ley de creación de ese ente. El Poder Ejecutivo sostuvo, en lo que interesa aquí, que ese decreto era válido en tanto había sido dictado en base a la delegación de facultades legislativas contenida en el art. 1 inc. “f” de la ley 25414. Esta norma autorizaba al Poder Ejecutivo a ejercer facultades legislativas en estos términos:

Con el objeto exclusivo de dar eficiencia a la administración podrá derogar total o parcialmente aquellas normas específicas de rango legislativo que afecten o regulen el funcionamiento operativo de organismos o entes de la administración descentralizada, empresas estatales o mixtas, o entidades públicas no estatales, adecuando sus misiones y funciones; excepto en materia de control, penal o regulatoria de la tutela de intereses legítimos o derechos subjetivos de los administrados, y con respecto al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados.

Para evaluar la constitucionalidad del decreto, la Corte Suprema examinó primero los propósitos que la reforma constitucional persiguió (básicamente, atenuar el sistema presidencialista) y consideró que los constituyentes adoptaron un modelo de delegación legislativa tomado del derecho estadounidense. Ese modelo estaría basado, según la Corte

Suprema, en la doctrina del *intelligible standard*, es decir, la idea según la cual la ley delegante debe fijar un patrón claro e inteligible de delegación. En ese sentido, la Corte Suprema sostuvo que, frente al uso de facultades delegadas de manera indeterminada, hay dos caminos posibles: “o bien anular la ley delegatoria por no fijar un lineamiento inteligible, o bien interpretar muy restrictivamente la eficacia de la delegación y, por lo tanto, limitar las posibilidades de que el acto en cuestión pueda encontrar apoyo en la delegación excesivamente vaga”. Este último es el camino que predominantemente habría seguido la Corte Suprema de los Estados Unidos y, dado que dicho modelo es el que opera como fuente de la reforma constitucional argentina, es el camino que, según la Corte Suprema argentina, debe seguirse aquí³.

Pues bien, la doctrina que la Corte Suprema dejó establecida para los decretos delegados fue expresada en los siguientes términos:

a partir del sentido que se buscó asignar al texto constitucional argentino y de las características del modelo seguido, se desprende que: 1°) la delegación sin bases está prohibida y 2°) cuando las bases estén formuladas en un lenguaje demasiado genérico e indeterminado, la actividad delegada será convalidada por los tribunales si el interesado supera la carga de demostrar que la disposición dictada por

³ La Corte ya había empleado la idea de un patrón inteligible antes de la reforma constitucional en Fallos: 246:345. La Corte sostuvo allí “Que tampoco es admisible el argumento relativo a la existencia, en el caso, de una inválida delegación de facultades legislativas en el Poder Ejecutivo. En efecto, tratándose de materias que presentan contornos o aspectos tan peculiares, distintos y variables que al legislador no le sea posible prever anticipadamente la manifestación concreta que tendrán en los hechos, no puede juzgarse inválido, en principio, el reconocimiento legal de atribuciones que queden libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida (ver sobre este punto: Cámara de Diputados, 1946, t. XI, p. 828). Y ello, habida cuenta de que, en tales supuestos, ese órgano no recibe una delegación proscripita por los principios constitucionales, sino que, al contrario, es habilitado para el ejercicio de la potestad reglamentaria que le es propia (art. 86, inc. 2°), cuya mayor o menor extensión depende del uso que de la misma potestad haya hecho el Poder Legislativo...”

el Presidente es una concreción de la específica política legislativa que tuvo en miras el Congreso al aprobar la cláusula delegatoria de que se trate. Esta conclusión resulta insoslayable apenas se advierte que la delegación sin bases está prohibida precisamente porque bloquea la posibilidad de controlar la conexión entre la delegación del Congreso y la actividad desplegada por la autoridad administrativa. Así, por ser amplia e imprecisa, la delegación no confiere atribuciones más extensas, sino, al revés, a mayor imprecisión, menor alcance tendrá la competencia legislativa que podrá el Ejecutivo ejercer válidamente. En otros términos, el principio constitucional contrario al dictado de disposiciones legislativas por el Presidente tiene, en el plano de las controversias judiciales, una consecuencia insoslayable: quien invoque tales disposiciones en su favor deberá al mismo tiempo justificar su validez, o sea, demostrar que se hallan dentro de alguno de los supuestos excepcionales en que el Ejecutivo está constitucionalmente habilitado. En materia de delegaciones legislativas, dicha carga se habrá cumplido si los decretos, además de llenar los diversos requisitos constitucionales ya referidos, son consistentes con las bases fijadas por el Congreso (conforme artículos 76 y 100, inciso 12 de la Constitución Nacional). Por consiguiente, la defensa del decreto legislativo tendrá mayores probabilidades de éxito cuanto más claras sean las directrices de la ley delegatoria y menores, cuando ellas consistan solo en pautas indeterminadas.

La Corte declaró entonces la inconstitucionalidad del decreto porque no satisfizo esa doctrina. Dijo así que

la parte demandada ha actuado con una lógica diametralmente contraria a la que, según el análisis hecho más arriba, subyace a las reglas constitucionales sobre la delegación legislativa: en primer lugar, se apoyó en una lectura sumamente amplia e indeterminada de la ley 25414 que, si es tomada estrictamente, habilitaría al Presidente para derogar prácticamente cualquier ley vigente y, en segundo término, en lugar de ofrecer una demostración de que, pese a ello, las disposiciones dictadas por el Ejecutivo formaban parte de la política que efectivamente adoptó el Congreso en el artículo

1.f. de la ley 25414, se limitó a solicitar una aplicación mecánica del texto legal, en la versión vaga e inexpressiva por ella misma propuesta.

La doctrina de la Corte que se acaba de reseñar puede ser examinada a la luz de varios criterios. Así, uno podría considerar si efectivamente la jurisprudencia estadounidense sostiene lo que la Corte dice que sostiene⁴, o si ello es en algún sentido relevante⁵. Pondré de lado esas cuestiones porque, a mi manera de ver, existe un problema preliminar: no es claro cuál es el alcance de la doctrina sentada en “Colegio Público de Abogados”.

Distintos criterios sobre la aplicabilidad

El primer problema a la hora de determinar el contenido de la doctrina es cuándo es aplicable. El modo habitual en que la postura ha sido receptada es a través del *dictum* de la Corte según el cual “cuando las bases están formuladas en un lenguaje demasiado genérico e indeterminado, la actividad delegada será convalidada si ...”. En otras palabras, normalmente se entiende que la doctrina se activa cuando las bases de la ley delegante son demasiado genéricas e indeterminadas. Recién allí puede exigirse a los decretos que satisfagan ciertos recaudos adicionales. Pero no es en absoluto claro que la Corte haya dicho solamente eso, ni tampoco qué ha dicho exactamente al decirlo.

⁴ Hay quienes sostienen que la correcta interpretación del art. 76 no debe apelar, al considerar su fuente, al derecho estadounidense sino al derecho español. Véase Salvadores de Arzuaga, Carlos, “Delegación legislativa: fuente e interpretación”, en LA LEY 27/03/2009, 4 - LA LEY 2009-B, 538.

⁵ Para una visión negativa general de la relevancia en materia de delegación legislativa anterior a la reforma constitucional, véase Barraza, Javier Indalecio, “La delegación legislativa” Publicado en: LA LEY 21/09/2011, 1 - LA LEY 2011-E, 1002: “Resulta paradójico: Se estudian los fallos de la Corte Suprema estadounidense para extraer de ellos principios jurídicos generales, aunque estos principios han sido elaborados por políticos, en el marco de disputas políticas y con objetivos políticos. No obstante, en la Argentina estos fallos son reseñados sistemáticamente”.

Así, la Corte sostiene que “por ser amplia e imprecisa, la delegación no confiere atribuciones más extensas, sino, al revés, a mayor imprecisión, menor alcance tendrá la competencia legislativa”, y también que “la defensa del decreto legislativo tendrá mayores probabilidades de éxito cuanto más claras sean las directrices de la ley delegatoria y menores, cuando ellas consistan solo en pautas indeterminadas”. Además, la Corte también fustiga al Estado Nacional por proponer una aplicación mecánica de la ley “en la versión vaga e inexpresiva por ella misma propuesta”.

Como se ve, la Corte califica a las bases de la ley delegante que activan la aplicación de la doctrina sucesivamente como “demasiado genéricas o indeterminadas”, “más o menos imprecisas”, “más o menos amplias”, “poco claras”, y “vagas”. Se trata de nociones bien distintas, sin embargo.

Considérese la vaguedad. En un enfoque filosófico *standard* la vaguedad es vista como una propiedad de los conceptos expresados en lenguajes no formales. Hay distintas concepciones filosóficas de la vaguedad. Así, en sentido estricto, se considera que un concepto vago es tal si tiene una zona de indeterminación, límites imprecisos, y si está sujeto a la paradoja del *sorites*⁶. En un sentido más amplio, propio de la teoría jurídica anglosajona, un concepto vago es aquel en relación al cual hay dudas, respecto de ciertos *ítems* en el mundo, acerca de si quedan dentro del alcance del concepto (duda que puede no deberse, por ejemplo, a que estén sujetos a la paradoja mencionada)⁷. En cualquier versión, no obstante, los conceptos vagos tienen instancias claras de aplicación. De manera que un concepto puede ser vago pero claro. Y es también posible que haya conceptos vagos y oscuros. La vaguedad y la claridad pueden estar instanciadas una independientemente de la otra. Eso muestra que se trata de dos nociones diferentes.

⁶ Keefe, Rosanna, *Theories of Vagueness*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pág. 6.

⁷ Esa es en líneas generales la idea de textura abierta de Hart. Cfr. Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pág. 123.

Además, la vaguedad en los sentidos filosóficos destacados es distinta no solo de la claridad, sino también de las otras nociones que la Corte emplea, esto es, la indeterminación, amplitud, carácter genérico o imprecisión. Una expresión o concepto puede ser amplio, por ejemplo, y la amplitud deberse a razones distintas de la vaguedad.

Más aun, las nociones de indeterminación, amplitud, imprecisión, o carácter genérico son a su vez muy diferentes entre sí, y diferentes también de la idea de claridad.

La Corte, en suma, ha empleado nociones muy distintas para caracterizar las bases de la ley delegante y, en definitiva, para establecer cuándo un decreto delegado es (in)constitucional. Eso origina cierto desconcierto, por la obvia razón de que hay conceptos que son vagos pero claros y amplios, no vagos y claros y determinados, etc.

Es probable, sin embargo, que la Corte haya querido referirse, al mencionar todas esas nociones, a dos situaciones diferentes.

La primera situación, a mi manera de ver, es aquella en que las bases son tales que dejan dudas acerca de si un decreto delegado constituye un ejercicio de la facultad conferida. Eso puede deberse a la vaguedad en sentido filosófico, por ejemplo. Pero puede deberse a la vaguedad en sentido no filosófico, es decir, la que se emplea para mencionar la imprecisión en general⁸. Puede deberse también a la oscuridad de la ley delegante. En otras palabras, la vaguedad, la oscuridad, y la indeterminación parecen nociones empleadas por la Corte para referirse a distintas fuentes de imprecisión en el sentido señalado, es decir, fuentes de dudas acerca de si un decreto delegado encuadra dentro de las bases de la ley delegante.

La segunda situación es diferente. Puede no haber dudas acerca de si un decreto encuadra en las bases. Por ejemplo, la ley juzgada en Colegio Público de Abogados autorizaba al Ejecutivo a derogar leyes para “dar eficiencia” a la administración. Esa ley delegante puede perfectamente no dejar dudas acerca de si una derogación de una ley en particular hace a la Administración más eficiente. No es descabellado

⁸ Cfr. Endicott, Timothy, *Vagueness in Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, pág. 32 y siguientes.

pensar que la derogación de la ley que obligaba al pago de las tasas por los abogados del Estado (el asunto que era juzgado en ese caso) sí hace a la administración más eficiente, en el sentido de que le permite aprovechar los recursos al máximo dado los objetivos que la administración tiene. El problema no es la duda, sino que las bases son demasiado amplias, en el sentido de que se acercan demasiado a una ley “en blanco”. En otras palabras, debe distinguirse entre una delegación que deja dudas acerca de qué se delega, y otra que no deja dudas pero es excesiva. Este último es el otro sentido involucrado detrás de las ideas de “demasiado indeterminada”, “genérica”, “vaga”, etc., que la Corte emplea.

En definitiva, una manera de interpretar la doctrina de la Corte, que despeja el desconcierto sobre cuándo se activa la doctrina, es que se activa en dos situaciones distintas: cuando las bases de la ley delegante son tales que dejen dudas acerca de si un decreto delegado constituye un ejercicio de la facultad conferida; y cuando las bases de la ley delegante no generan esas dudas, pero son demasiado amplias o indeterminadas.

Distintos recaudos que los decretos delegados deben satisfacer

Ese es un modo aceptable, a mi manera de ver, de despejar la confusión sobre las condiciones que activan la doctrina de la Corte. Conviene examinar ahora qué debe probarse, una vez que esas condiciones están configuradas, para que el decreto sea constitucional.

La doctrina de la Corte exige que el interesado muestre que el decreto satisface ciertos recaudos porque, de lo contrario, es inconstitucional. Pero no es claro a primera vista tampoco qué recaudos debe satisfacer.

Así, la Corte sostuvo que

cuando las bases estén formuladas en un lenguaje demasiado genérico e indeterminado, la actividad delegada será convalidada por los tribunales si el interesado supera la carga de demostrar que la disposición dictada por el Presidente es una concreción de la específica política legislativa que tuvo en miras el Congreso al aprobar la cláusula delegatoria de que se trate.

Como se ve, la Corte distingue entre las bases y la política legislativa. Si el interesado muestra que el decreto concreta la política legislativa, el decreto es válido aunque la base sea demasiado genérica o indeterminada. Si la base no es demasiado genérica o indeterminada, se supone, el decreto es válido independientemente de la política legislativa.

Esa idea, sin embargo, está en tensión con otra mantenida por la propia Corte unos renglones antes, a saber, que la eficacia de la delegación es un asunto de interpretación restrictiva.

Recuérdese que la Corte sostuvo también explícitamente que ha optado por una de las alternativas al enfrentar el problema de las bases demasiado indeterminadas, esto es, interpretar restrictivamente la eficacia de la delegación. Por eso la Corte afirmó que había dos opciones:

o bien anular la ley delegatoria por no fijar un lineamiento inteligible, o bien interpretar muy restrictivamente la eficacia de la delegación y, por lo tanto, limitar las posibilidades de que el acto en cuestión pueda encontrar apoyo en la delegación excesivamente vaga.

La Corte ha reafirmado en otros pronunciamientos la idea de la interpretación restrictiva. En un fallo reciente sostuvo que

no resulta suficiente invocar una ley genérica o poco específica para justificar que la subdelegación se encuentra permitida. En este punto, cabe recordar que el instituto de la delegación es de interpretación restrictiva, tanto cuando ocurre entre órganos de la administración (artículo 3 de la ley 19549), como cuando se trata de delegación de facultades de un Poder del Estado a otros, en particular, cuando se delegan facultades legislativas en órganos del Poder Ejecutivo, en tanto se está haciendo excepción a los principios constitucionales de legalidad y división de poderes (Fallos 326:2150; 4251)⁹.

La interpretación restrictiva se emplea normalmente, en el derecho en general, de tres maneras diferentes. Se la usa, en ocasiones, para

⁹ CS, 03/07/2012, “YPF S.E. c/Esso SAPA s/proceso de conocimiento”, cons. 6. Firman la sentencia, que no tiene disidencias, los jueces Highton de Nolasco, Maqueda, Petracchi y Fayt.

identificar el contenido de las normas en juego. En este caso, la idea es que deben interpretarse las normas relevantes literalmente, de modo que no abarquen más casos que los consignados en su sentido literal. En otros casos se emplea la interpretación restrictiva para establecer si un determinado caso individual satisface las condiciones fijadas en la norma ya identificada¹⁰ de modo que, ante la duda de si el caso encuadra en la norma, debe suponerse que no lo hace. Por ejemplo, en otro ámbito completamente diferente, si hay dudas acerca de si la actuación de una de las partes en un pleito bloquea la declaración de caducidad de instancia, entonces debe asumirse que las condiciones para declararla no están satisfechas¹¹. Por último, a veces se emplea la noción de interpretación restrictiva para cumplir simultáneamente las dos funciones que se acaban de describir.

Un modo de reconstruir la doctrina de la Corte consiste en sostener que exige interpretar restrictivamente tanto las bases como los decretos delegados¹². Así, la doctrina diría que las bases deben ser identificadas mediante una interpretación literal, y que el interesado debe probar en caso de duda (es decir, cuando hay dudas acerca de si un decreto delegado es consistente con las bases) que el decreto delegado es consistente con las bases.

¹⁰ La noción de caso individual, por contraste con la noción de caso genérico, alude a una situación concreta (real o imaginaria) que debe encuadrarse en el antecedente de alguna norma o *standard* (el caso genérico) si es que uno quiere establecer su calificación deóntica. Cfr. Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, ed. Astrea, Buenos Aires, 1998, pág. 58.

¹¹ *Fallos* 329:3800; 324:1992; 323:3204, entre otros.

¹² Varios autores ven la doctrina de “Colegio Público de Abogados” como fijando una regla de interpretación restrictiva, aunque sin precisar exactamente en qué consiste. Cfr. Gelli, María Angélica, “Control estricto en la delegación legislativa. En el caso ‘Colegio Público de Abogados de la Capital Federal’”, *Sup. Const.* 2008 (diciembre), 38 - LA LEY 2009-A, 161; Thury Cornejo, Valentín, “Subdelegación legislativa y ratificación del Congreso en una sentencia cautelar de primera instancia”, publicado en *Sup. Const.* 2010 (marzo), 69 - LA LEY 2010-B, 514; Campoletti, Federico, “La delegación legislativa en la jurisprudencia de la Corte”, *La Ley online, Sup. Adm.* 2010 (agosto), 172.

En definitiva, hay dos ideas sobre qué debe probar el interesado para que el decreto delegado sea constitucional. Son dos ideas bien diferentes. No es lo mismo tener que mostrar que el decreto delegado es una concreción de la política legislativa que estaría detrás de la ley delegante, que tener que mostrar que es consistente con las bases, interpretadas literalmente, en caso de duda.

La ambigüedad de la doctrina de “Colegio Público de Abogados”: dos reglas

Una vez que se despeja cierta perplejidad inicial de la doctrina de la Corte, pueden distinguirse, según se ha visto, dos condiciones que activarían el control de constitucionalidad de los decretos delegados. Son dos condiciones distintas. La primera es la situación en que las bases son tales que dejan dudas acerca de si un decreto delegado constituye un ejercicio de la facultad conferida (e.g. porque las bases están redactadas de modo oscuro). La segunda tiene lugar cuando no hay tales dudas, pero las bases son demasiado genéricas o excesivas. He intentado mostrar también que, una vez activada la doctrina, hay dos ideas muy diferentes sobre qué debe probar el interesado para que el decreto delegado sea constitucional. O bien debe mostrar que el decreto delegado es una concreción de la política legislativa que estaría detrás de la ley delegante, o bien debe superar el *test* de la interpretación restrictiva: tiene que mostrar que el decreto es consistente con las bases, interpretadas literalmente, en caso de duda.

Hay en definitiva, en la doctrina de la Corte, dos tesis distintas sobre cuándo se activa la doctrina, y dos tesis distintas acerca de qué debe probarse una vez activada la doctrina.

Si se combinan estas alternativas surgen cuatro reglas diferentes. De manera que la doctrina de la Corte puede ser interpretada como proponiendo no una, sino cuatro reglas sobre cómo juzgar la constitucionalidad de un decreto delegado. Las reglas son éstas:

- a) cuando las bases de la ley delegante son tales que dejen dudas acerca de si un decreto delegado constituye un ejercicio de la facultad conferida, tanto las bases como el decreto delegado deben

considerarse de interpretación restrictiva: ante la duda acerca de si es consistente con las bases (interpretadas literalmente), el decreto es inconstitucional.

b) si las bases son demasiado genéricas (aun si interpretadas literalmente y aunque no haya dudas acerca de si el decreto encuadra en las bases), tanto la ley como el decreto delegado deben considerarse de interpretación restrictiva: ante la duda de si es consistente con las bases (interpretadas literalmente), el decreto es inconstitucional.

c) si las bases de la ley delegante son tales que dejen dudas acerca de si un decreto delegado constituye un ejercicio de la facultad conferida, debe establecerse si el decreto delegado es una concreción específica de la política legislativa.

d) si las bases de la ley delegante son demasiado genéricas (aun si interpretadas literalmente y aunque no haya dudas acerca de si el decreto encuadra en las bases), debe establecerse si el decreto delegado es una concreción específica de la política legislativa.

A mi manera de ver, las opciones (a) y (d) son los modos naturales de interpretar la doctrina de la Corte.

La opción (b) es claramente inconsistente. Si no hay dudas acerca de que el decreto encuadra en las bases, constituye un sinsentido afirmar que ante la duda el decreto es inconstitucional. Y la opción (c) no parece tener mucho sentido tampoco: si hay dudas, parece que ello no tiene mucha relación con una política legislativa que el decreto no ha concretado.

En definitiva, un modo aceptable de reconstruir la postura de la Corte es considerar que ha dejado sentadas dos reglas distintas. Si las bases de la ley delegante son tales que dejen dudas acerca de si un decreto delegado constituye un ejercicio de la facultad conferida, tanto las bases como el decreto delegado deben considerarse de interpretación restrictiva: ante la duda acerca de si es consistente con las bases (interpretadas literalmente), el decreto es inconstitucional. Y si las bases de la ley delegante son demasiado genéricas (aun si interpretadas

literalmente y aunque no haya dudas acerca de si el decreto encuadra en las bases), debe establecerse si el decreto delegado es una concreción específica de la política legislativa.

El problema con las dos reglas

En “Colegio Público de Abogados”, entonces, parece que la Corte ha propuesto en realidad dos reglas distintas. Pero ¿son aceptables estas dos reglas?

La segunda regla se basa, como resultará claro, en una distinción entre las bases y la política legislativa. Esa distinción es problemática, a mi manera de ver, por varias razones.

En primer lugar, aunque las bases pueden identificarse fácilmente consultando la ley delegante, la Corte no suministra indicaciones acerca de qué es ni de cómo identificar la política legislativa. Tampoco es claro cuál es la relación entre las bases y la política legislativa. Presumiblemente, la política legislativa sería, como mínimo, el propósito perseguido al dictar la ley delegante. Pero es posible que muchas de las leyes delegantes que generaron la necesidad de establecer la doctrina de “Colegio Público de Abogados” no tengan ninguna otra política legislativa detrás. Esas leyes delegantes solo tienen como propósito delegar irrestrictamente. Eso es justamente lo que la Corte quiere controlar al crear la doctrina. Pero entonces cualquier decreto delegado problemático es una concreción específica de la política legislativa.

En segundo lugar, la doctrina parece apartarse de la norma constitucional. El art. 76 de la Constitución Nacional claramente dice que la delegación solo es admisible si se ejerce dentro de las bases. No establece ningún requisito adicional. En momento alguno se alude a la “política legislativa”¹³.

¹³ Algunos autores afirman que mencionar la idea de “política legislativa” constituye un error de interpretación de la voluntad del constituyente. Así, Salvadores de Arzuaga sostiene que “las bases de delegación no pueden identificarse con la llamada política legislativa que conceptualmente ha venido desarrollando la Corte para justificar la delegación legislativa ante el vacío constitucional, tampoco con el inteligible standard de la Corte Norteamericana”, y lo hace en base a una interpretación de la discusión entre

En tercer lugar, hablar de “política legislativa” es una reminiscencia de la doctrina sentada en “Cocchia” (Fallos 316:2624), un caso tratado por la Corte Suprema en su anterior integración, antes de la reforma constitucional (es decir, cuando no estaba prevista expresamente la facultad de dictar decretos delegados). Allí se discutía la constitucionalidad de un decreto que derogó una convención colectiva de trabajo en el marco de una supuesta emergencia. Según la mayoría, se trató de una “delegación impropia”, y la facultad fue ejercida dentro de la política legislativa, expresada en diversas leyes y tratados. La Corte sostuvo entonces que la política legislativa debía estar contenida en un bloque de legalidad y expresada en un programa de gobierno disperso en un número amplio de leyes y tratados. “Cocchia” fue criticado por extender al máximo la facultad presidencial y por ser poco claro¹⁴. Es algo paradójico, en ese marco, que la Corte actual, en “Colegio Público de Abogados”, traiga a colación una doctrina similar a la de “Cocchia”.

los convencionales constituyentes (op. cit.). Quiroga Lavié sostiene que la noción de “bases” fue tomada de la Constitución Española, que no hace mención alguna a la idea de política legislativa. Cfr. “El Poder Legislativo en la nueva Constitución” en Manuel Aragón, Andrés Betancor y otros: *La Constitución Argentina de Nuestro Tiempo*, Ed. Ciudad Argentina, Bs. As., 1996, pág. 153. Véase también “Constitución de la Nación Argentina Comentada”, Ed. Zavalía, Bs. As., 1996, pág. 499. Otros sostienen que el constituyente toma el concepto bases de delegación para hacer referencia a la noción de política legislativa (cfr. Alfonso Santiago (h.) y Thury Cornejo *Tratado sobre la delegación legislativa*, Buenos Aires, Abaco, 2003, pág. 178, pág. 415). El argumento del texto es independiente de esta discusión doctrinaria. Lo cierto es que la Corte misma distingue entre política legislativa y las bases. Eso no significa que la Corte no crea que no estén relacionadas (aunque no explica cuál sería la relación). Presumiblemente lo están. El punto es que la Corte distingue entre bases y política legislativa de un modo (i.e. “si las bases son indeterminadas, entonces hay que acudir a la política legislativa”) que implica que ha introducido una distinción que no aparece en el texto constitucional.

¹⁴ Cfr. SANTIAGO, ALFONSO-THURY CORNEJO, VALENTIN, *Tratado sobre la delegación legislativa*, Buenos Aires, Abaco, 2003, pág. 178; Toricelli, Maximiliano, “Control de las facultades legislativas delegadas”, publicado en: LA LEY 2008-F, 566; Mario Cámpora en “Delegación legislativa”, LA LEY, 2006 B, pág. 284.

Por último, la tesis de “Colegio Público de Abogados” no parece ajustarse a la postura que la propia Corte Suprema considera relevante sobre cómo interpretar el art. 76. La Corte dice explícitamente que el modelo fue tomado del derecho norteamericano, y la doctrina del *intelligible standard*, según la cual las bases deben proporcionar un criterio claro e inteligible de qué se ha delegado. El derecho estadounidense, que supuestamente es la fuente en la que abreva nuestra Constitución, optó —según la Corte— por interpretar restrictivamente la eficacia de la delegación, no por exigir al interesado probar que el decreto delegado encuadra dentro de un marco normativo (la “política legislativa”) distinto del marco que la Constitución prevé (las bases).

En definitiva, la segunda regla que uno puede encontrar en “Colegio Público de Abogados” parece difícil de aceptar. Apela a una idea (la política legislativa) que enfrenta varias objeciones.

La primera regla parece aceptable, por contraste. La idea de que las bases y el decreto deben interpretarse restrictivamente es mucho más clara, y consistente con el texto constitucional. Si el dictado de decretos delegados es el ejercicio de facultades excepcionales, el ejercicio de esa facultad ya es, por razones constitucionales, de interpretación restrictiva.

El problema es que esa regla no constituye un avance significativo para el problema que se pretendía resolver. Pues la regla deja abierta la cuestión de qué hacer con leyes delegantes cuyas bases tienen un contenido claro pero son demasiado genéricas.

Algunas conclusiones y una sugerencia final

En “Colegio Público de Abogados” la Corte dejó establecida una doctrina para controlar la constitucionalidad de los decretos delegados que, aunque constituye un intento por delimitar el ejercicio de facultades legislativas por el Poder Ejecutivo¹⁵, es notoriamente confusa. Un modo de reconstruir la doctrina de la Corte que despeja cierta confusión inicial consiste en suponer que ha propuesto en realidad dos reglas.

¹⁵ Otros intentos importantes de efectuar esa limitación aparecieron en “Czerniecki” (Fallos 318:137), “Selcro” (326:4251) y “Federación de Empresarios de Combustibles” (Fallos 328:940).

Una de ellas establece que, si las bases de la ley delegante son demasiado genéricas (aun si interpretadas literalmente y aunque no haya dudas acerca de si el decreto encuadra en las bases), debe establecerse si el decreto delegado es una concreción específica de la política legislativa.

Esta regla es, a mi manera de ver, difícil de aceptar. La noción de política legislativa no está prevista en la Constitución, es notoriamente imprecisa, alejada de la supuesta fuente del texto constitucional y, posiblemente, inútil (pues no puede servir como criterio para distinguir entre decretos válidos e inválidos).

La otra regla parece aceptable, por contraste. La regla dispone que, si las bases de la ley delegante son tales que dejen dudas acerca de si un decreto delegado constituye un ejercicio de la facultad conferida, tanto las bases como el decreto delegado deben considerarse de interpretación restrictiva: ante la duda acerca de si es consistente con las bases (interpretadas literalmente), el decreto es inconstitucional. La regla es aceptable porque la idea de que las bases y el decreto deben interpretarse restrictivamente es mucho más clara, y consistente con el texto constitucional.

El problema es que esa regla no constituye un avance significativo para el problema que se pretendía resolver. Pues uno no sabe cómo debe evaluarse la constitucionalidad de leyes delegantes cuyas bases tienen un contenido claro pero son demasiado genéricas.

El punto realmente problemático estriba, entonces, en establecer qué recaudos deben satisfacer los decretos frente a bases de la ley delegante claras pero demasiado genéricas. Ese trabajo está todavía por hacerse.

Quisiera formular una sugerencia breve, para terminar, sobre cómo podría comenzar a sortearse lo que considero el principal obstáculo para hacer ese trabajo.

La caracterización de la ley delegante en términos de bases “demasiado genéricas o indeterminadas” presupone que hay un *standard* de comparación, un modelo de ley delegante lo suficientemente determinada que funciona como parámetro. La Corte no ha dicho en “Colegio Público de Abogados”, por ejemplo, por qué la ley delegante que allí consideró es “demasiado genérica”. La pregunta natural es: ¿demasiado genérica comparada con qué?

Cualquier elaboración de la regla sobre cómo juzgar la constitucionalidad de leyes delegantes con bases demasiado genéricas debe responder a esa pregunta. Ese es el primer y quizás principal obstáculo que debería sortearse. Una sugerencia en esa línea es la siguiente.

El art. 76 de la Constitución distingue entre las materias determinadas de la delegación y las bases de la ley delegante. Se sigue de ello que la ley delegante debe contener una indicación sobre las materias de administración o emergencia pública. Adviértase que debe tratarse de materias *determinadas*. Es decir, no basta que la ley delegante enuncie “materias de administración”. Debe ser un asunto incluido en esa materia, claramente especificado. La ley delegante debe también contener una indicación sobre las bases. Como las bases son distintas de las materias de la delegación, las bases no pueden sino consistir en algún tipo de indicación sobre cómo legislar en esos asuntos ya definidos. Y una indicación sobre cómo legislar en ciertos asuntos ya definidos implica, por razones conceptuales, la idea de ciertos límites: debe legislarse de cierto modo en esos asuntos. Eso como mínimo puede requerirse.

En ese marco, parece claro que las bases cuentan como demasiado genéricas o indeterminadas si el límite que fijan es un límite que ya viene impuesto de todos modos, por otras normas. Ese es un ejemplo claro de una ley cuyas bases no ponen límite alguno. O, en palabras de la Corte, de una ley delegante sin bases.

La ley juzgada en “Colegio Público de Abogados” puede ser vista como un ejemplo de bases demasiado genéricas e indeterminadas en ese sentido. La ley dice que delega facultades al Poder Ejecutivo para derogar normas “*con el objeto exclusivo de dar eficiencia a la administración*”. Según parece, la idea es que pueden derogarse normas para promover la eficiencia siempre que eso no colisione con otros valores (de allí la idea de “objeto exclusivo”). Pero cualquier actividad legislativa debe dar eficiencia a la Administración en ese sentido. No hay diferencia alguna entre decir eso y no decirlo. Las bases de esa ley delegante no fijan, en realidad, ningún límite.

Lo anterior constituye una sugerencia sobre cómo comenzar a hacer más precisa la idea de una ley delegante con bases claras pero

“demasiado genéricas e indeterminadas”. La indicación es modesta, por cierto, y la idea debe ser completada. El siguiente paso es intentar responder a la pregunta de cómo deben estar definidos esos límites. Hay muchas maneras de definir los modos en que debe legislarse. Por ejemplo, un límite sobre cómo legislar en ciertos asuntos puede consistir en una indicación de los objetivos que esa legislación debe lograr (valores que debe promover, resultados que debería apuntar a obtener, etc.). Otro límite puede ser una indicación sobre qué cosas no hacer. Otro límite puede consistir en dar varias alternativas entre las cuales decidir. Hay muchos más. Debe entonces proponerse un criterio sobre qué tipo de límites se deben fijar las bases. Ese trabajo aún está por hacerse.

Sección III

Discusiones:
Libros

Justicia y Fraternidad Social: ¿Qué Ética Individual exige la Justicia Socialista?

Cristián A. Fatauros*

Resumen: En este trabajo se discuten algunas tesis del libro póstumo de Gerald A. Cohen que compila algunos artículos inéditos y otros que ya pueden ser considerados clásicos de la filosofía política. A lo largo del texto se reconstruyen algunas de las críticas más importantes que Cohen realizara en contra de un mercado regulado de bienes y servicios como mecanismo para alcanzar una distribución justa. El autor afirma que la existencia de instituciones justas no es una condición suficiente para lograr una sociedad justa. Además se examina en detalle la concepción de ética socialista que funciona como último fundamento de la teoría igualitaria de Cohen y se analizan sus implicancias prácticas sobre las acciones individuales.

Palabras claves: Justicia Social, Fraternidad, Socialismo, Marxismo Analítico, Estructura Básica.

* Profesor Auxiliar de Filosofía del Derecho y Profesor Auxiliar de Ética. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Becario Doctoral del Consejo de Investigaciones Científicas y Técnicas del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva. Correo electrónico: cristian-fatauros@derecho.unc.edu.ar.

Agradezco a Hugo Seleme y Fernando Lizárraga por sus aportes y estoy en deuda con los asistentes al Seminario de Vaquerías (2011) organizado por la Cátedra B de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, por sus comentarios, críticas y sugerencias.

Introducción

Este trabajo pretende dos objetivos. Por un parte, llamar la atención sobre Gerald Allan Cohen, un filósofo político de origen canadiense criado en una familia judía de clase obrera con fuertes convicciones socialistas, que supo esclarecer la teoría marxista clásica despojándola de los presupuestos y tesis contrarios a los estándares de ciencia contemporánea. Por otra parte, intentar aclarar cuáles serían las implicaciones prácticas para una teoría de la virtud ciudadana.

El profesor Cohen, como se sabe, dictó clases de Filosofía Política en Oxford y fue uno de los fundadores del *Grupo de Septiembre*. También llamado “*Non-Bullshit Marxism Group (NBMG)*”. El grupo reunió a sociólogos, teóricos sociales, economistas, filósofos y juristas vinculados a la tradición marxista pero sólidamente formados en la metodología y el rigor analítico de la argumentación racional. El interés común de estos intelectuales se cristalizó a partir del libro “*Karl Marx’s Theory of History: A Defence*” (Cohen, 1978). Ese trabajo está dedicado al estudio del corpus filosófico marxista, con la convicción de que en el corazón de la crítica al capitalismo latía un ideal normativo poderoso y atractivo capaz de justificar una Teoría *Socialista* de la Justicia. Luego de trabajar sobre Marx, Cohen emprendió el trabajo de dismantelar la filosofía política del *Libertarianismo* defendida en “Anarchy, State and Utopia” (Nozick, 1974). La crítica a Nozick quedó plasmada en “*Self-ownership, Freedom, and Equality*” (Cohen, 1995). En los últimos años Cohen se abocó a desarrollar una de las más importantes críticas al Liberalismo Igualitario de John Rawls.

El libro póstumo que me interesa discutir es: “*On the Currency of Egalitarian Justice and Other Essays in Political Philosophy*” (Cohen, 2011) en el que se examinan la filosofía política del *Igualitarismo de la Suerte*; la libertad y su relación con la propiedad privada; y también la vinculación entre la teoría y la práctica política. Su importancia se debe a que junto con “*Rescuing Justice and Equality*” (Cohen, 2008) y “*Why Not Socialism?*” (Cohen, 2009) conforman el último aporte de Cohen a la discusión sobre la justicia y los principios de justicia correctos.

Ahora bien, en uno de los últimos artículos que publicó, “*Fairness and Legitimacy in Justice, And: Does Option Luck Ever Preserves Justice?*”

(reimpreso como Capítulo 7 del libro “*On the Currency...*”), Cohen afirma que no es justo permitir que la suerte afecte la porción distributiva de bienes de una persona, e incluso es más osado todavía. Afirma que si las decisiones individuales particulares no están motivadas en la idea de igualdad, la distribución jamás será enteramente justa. Por ejemplo, suponga que tres personas reciben una porción de bienes mediante una distribución que consideramos justa, y una de ellas decide regalar a otra todo lo que recibe. La idea de Cohen es que la justicia no se mantiene o que, por lo menos, no en el sentido en que era justa la situación inicial. El punto que destaca el autor es que a pesar de que los intercambios individuales sean legítimos (esto es, no haya ninguna razón que invalide la transacción), la situación ya no es de estricta igualdad y por lo tanto, es injusta. Según el autor, es injusta porque se han generado ventajas involuntarias para una de las partes. En lo que sigue analizaremos las más importantes críticas que Cohen realiza a instituciones y mecanismos, que como el mercado, producen desigualdades que algunos ciudadanos padecen involuntariamente.

Desarrollo

Las instituciones como el mercado no tienen en cuenta que las personas no son responsables por el costo de sus preferencias

Cohen objeta que el mercado sea un mecanismo distributivo indispensable para lograr la equidad distributiva. Según él, una economía de mercado produce resultados injustos porque hace que las personas carguen con costos de los cuales no son responsables (2004, pp. 17-19). La posición de Cohen es más comprensiva que sus antagonistas, la *Igualdad de Bienestar* y la *Igualdad de Recursos*. Él afirma que es irrelevante si las desventajas representan un déficit de bienestar o de recursos, y en cambio, es suficiente que sean involuntarias para que exista el deber de compensarlas (1989, pp. 916, 920). Cohen está preocupado por lograr la *Igualdad de Acceso a las Ventajas*.

En la *Igualdad de Recursos*, el mercado es considerado una herramienta institucional fundamental para determinar el valor de los recursos y para que todos los individuos asuman de igual modo, el costo

de su porción de recursos. Pero no es posible que todos asuman de igual modo el costo de sus recursos, porque el mercado no es sensible a ciertas desventajas no elegidas. Cohen sostiene que "... la idea que está en la base del igualitarismo de Dworkin es que nadie debería sufrir de mala suerte bruta"². Si esto es así, afirma Cohen, el mercado no elimina la suerte bruta, porque permite que algunas personas sufran desventajas involuntarias. Según Cohen, deberíamos distinguir entre *suerte* y *responsabilidad*, y hacer que las personas asuman los costos de sus elecciones responsables. La igualdad de recursos, en cambio, al distinguir entre la *persona* que uno es y las *circunstancias* en las que uno se mueve, de acuerdo con Cohen, no presta atención ni a la idea de *voluntad* ni a la idea de *responsabilidad*. En la teoría de la *Igualdad de Acceso a las Ventajas* la noción de responsabilidad es fundamental³.

² "...the grounding idea of Dworkin's egalitarianism is that no one should suffer because of bad brute luck" (1989, p. 922) Dworkin ejemplifica cómo el azar influencia la vida de las personas mediante la distinción entre *suerte en las opciones* (*option luck*) y *suerte bruta* (*brute luck*) (1981b, p. 293). *Suerte en las opciones* es aquello que forma parte del resultado de una apuesta deliberada que podría haberse aceptado o rechazado; *suerte bruta* es aquello que no puede vincularse con una decisión de asumir ciertos riesgos como una apuesta deliberada. Por ejemplo, si yo tengo un campo sembrado de trigo y existe un seguro contra granizo a mi alcance, tanto si contrato el seguro como si no lo hago, [(1): +granizo, +seguro; (2): +granizo, ¬seguro; (3): ¬granizo, +seguro; (4): ¬granizo, ¬seguro], el resultado es considerado como una apuesta deliberada y por lo tanto opcional. En cambio, si no existe un seguro contra meteoritos y si cae un meteorito, se considera que es resultado de la *suerte bruta*. Es decir, no es parte de los riesgos de una apuesta que decidí deliberadamente hacer.

³ De hecho, Cohen piensa que fue Dworkin quien incorpora dentro de la teoría igualitaria de la justicia la herramienta más poderosa de los anti-igualitarios, i. e., la idea de responsabilidad, aunque sin prestar atención a cómo debe trazarse la distinción exacta entre suerte y responsabilidad (Cohen, 1989, p. 933). Es útil aclarar que ambos autores hacen referencia a preferencias que son relativamente costosas, y no se refieren específicamente a preferencias excéntricas o suntuosas. Una preferencia es más o menos costosa en relación con otra preferencia, y esta relación está dada por la cantidad de recursos que son necesarios para satisfacerla. Así, si una persona tiene una preferencia que es costosa pero tiene los suficientes recursos para satisfacerla, no se genera un problema de compensación, ver (Cohen, 2004, p. 6 y ss; Dworkin, 1981b, p. 301 y ss.).

La *Igualdad de Bienestar* no está exenta de dificultades. Pero incluso si analizamos la que se dice mejor versión, el mecanismo ideal para alcanzar la distribución igual de bienestar es una administración central que cuenta con la información perfecta sobre la manera de satisfacer las preferencias de las personas. Esta versión no es inmune a las mismas críticas que se formulan al utilitarismo. Una de ellas, quizás la más importante, es que no considera a las personas como sujetos responsables de sus preferencias porque para lograr la igualdad de bienestar, intenta satisfacer cualquier tipo de preferencias, incluso las que son muy costosas y han sido elegidas de manera voluntaria. La crítica afirma que, si se quisiera tratar a los sujetos como responsables, no se debería satisfacer cualquier preferencia con independencia de la responsabilidad de los individuos en el desarrollo de preferencias muy costosas.

Sin embargo, de acuerdo con Cohen, si las preferencias son *voluntariamente* costosas, no deben ser compensadas, pero si las preferencias son *involuntariamente* costosas, entonces, sí deben ser compensadas porque su costo no depende de una elección responsable (1989, p. 923). Si la intuición es correcta entonces Dworkin trata injustamente a quienes tienen una preferencia costosa porque el único caso que compensa es cuando las preferencias costosas son consideradas una especie de enfermedad que uno desearía no tener (1981b, pp. 302-303). Si usted tiene una preferencia por asistir a ver partidos de fútbol, y esta preferencia es costosa pero usted no la rechaza como si fuera una enfermedad que desearía no tener, entonces, aunque se repudie el hecho de que sean costosas, en el esquema teórico de Dworkin, no debería ser compensada. Este principio de distribución de recursos, según Cohen, no es capaz de tratar a las personas como iguales. Algunas personas son tratadas como si fueran libres cuando en realidad no lo son.

Dicho de otra manera, Cohen sostiene que por aplicación del principio que compensa a una persona porque tiene una preferencia incontrolable que desearía no tener, se debería compensar a quien tiene una preferencia muy costosa que desearía que no fuera tan costosa (1989, p. 927). El fundamento es que la "...identificación y

desidentificación [con las preferencias] son relevantes [...] en tanto que ellas indiquen la presencia o ausencia de elección”⁴. Además Cohen afirma:

[u]na persona común que no es rica y que posee un gusto musical costoso [...] puede asumir responsabilidad por su gusto, por el modo de ser de su personalidad, a la vez que razonablemente negar responsabilidad por su necesidad de una cantidad enorme de recursos para satisfacer ese gusto⁵.

El punto es que no siempre el costo depende de uno mismo.

La noción de responsabilidad en “*On the Currency of Egalitarian Justice*”

Ahora bien, en la posición de Cohen, para juzgar si es correcto que un individuo asuma el costo social de su ambición es necesario preguntarse si su ambición ha sido genuinamente elegida. Así, para juzgar si ciertas desigualdades son aceptables es necesario responder “...un conjunto de preguntas sobre la responsabilidad o la falta de responsabilidad del agente desaventajado”⁶.

El problema es determinar cuáles son las condiciones que justifican considerar a una persona moralmente responsable por su ambición. En este sentido, Cohen piensa que una persona es responsable si está o estaba bajo su control producir la desigualdad, ya sea porque pudo haber evitado que sucediera y/o porque ahora puede restaurar la igualdad. El hecho de ser responsable por la desigualdad, no genera por sí mismo un reproche moral, pero sí genera el deber de asumir los costos, dado que nadie más tiene el deber de hacerlo (1989, p. 923). No obstante, si la

⁴ “...identification and disidentification matter for egalitarian justice only if and insofar as they indicate presence and absence of choice”. (1989, p. 927)

⁵ “A typical unrich bearer of an expensive musical taste [...] can take responsibility for the taste, for his personality being that way, while reasonably denying responsibility for needing a lot of resources to satisfy it”. (1989, p. 927)

⁶ “... a set of questions about the responsibility or lack of it of the disadvantaged agent”. (1989, p. 921)

desigualdad no ha sido responsabilidad del agente se considera una desventaja inequitativa y existe, en principio, una razón que justifica el reclamo de compensación.

Algunos mecanismos o instituciones como el mercado determinan costos de tal manera que producen desigualdades inaceptables

Debemos destacar que la idea de que una concepción de justicia plausible debe ajustarse a la noción de responsabilidad personal es, en general, aceptada por diversos autores (Arneson, 1990; 1989, p. 933; Hurley, 2005; Roemer, 1996)⁷. La concepción de Cohen de las obligaciones que tiene una persona se apoya, no en una idea de persona como responsable por sus convicciones morales fundamentales, sino en una idea de persona que tiene la capacidad de llevar adelante decisiones genuinas (Cohen, 1989, pp. 934-935). En su visión, una decisión es más o menos genuina según sea mayor o menor el grado de control que tenía el individuo sobre la decisión, según cuál sea el costo de las acciones alternativas y según cuál sea su contexto. Estos factores determinan el mayor o menor grado de responsabilidad que una persona debería asumir sobre los costos de su elección (Cohen, 2004, pp. 20-21).

De cualquier manera, Cohen no cree que las personas *siempre* lleven a cabo una elección de sus preferencias y de sus ambiciones, ni tampoco cree que *nunca* lleven a cabo una elección genuina. La cuestión de la responsabilidad es gradual. Es necesario que exista la posibilidad de determinar el grado de responsabilidad que tienen las personas por las desventajas que sufren, y solo así será posible justificar, y graduar, la compensación debida. Si la desigualdad es resultado de la influencia de factores por los que la persona no es responsable, se convierte en una desventaja inequitativa y entonces debe ser compensada⁸.

⁷ Aunque Cohen distingue entre suerte y genuina elección, luego afirma que la responsabilidad también incluye las elecciones hipotéticas y el control del resultado. Por eso, considero mejor interpretar que la distinción es entre suerte y responsabilidad. A favor de esta interpretación, ver (Hurley, 2005, p. 142).

⁸ John Roemer ha sido quien ha tomado más seriamente el proyecto de calibrar el grado de responsabilidad que las personas ejercitan en el desarrollo de un

Ahora bien, si el mercado determina que las personas que tienen preferencias costosas, deben soportar este costo, y esto hace que su vida sea más difícil, existe una razón para dejar de lado la determinación del precio de mercado. La razón es que una mayoría puede imponer restricciones en las oportunidades de una minoría para proteger o alcanzar el plan de vida que consideran valioso. Por ejemplo, si las preferencias de la mayoría vuelven extremadamente costosa la oportunidad de construir un centro religioso, aunque puedan estar actuando *legítimamente*, convertir esta opción en una alternativa muy costosa *produce un* resultado opresivo para la minoría religiosa. En la concepción de la *Igualdad de Acceso a las Ventajas*, este modo de actuar es moralmente inaceptable. El resultado, según Cohen, es inaceptable del mismo modo en que lo es la situación en que una mayoría electoral vence las preferencias de una minoría electoral, haciendo que sus oportunidades de acceder a una ventaja disminuyan. Así, Cohen sostiene que “...no existe, de hecho, una diferencia significativa, aquí, entre estar al final de un proceso electoral y estar al final de un proceso de mercado”⁹.

Este argumento identifica el proceso electoral con el proceso de determinación del precio de un bien o servicio, porque aunque ambos procesos son imparciales respecto a las preferencias de los votantes en un caso y de los consumidores en otro, y en este sentido pueden considerarse legítimos —en el sentido de que nadie puede legítimamente quejarse— pero no necesariamente es justo (Cohen, 2009a, pp. 8-9; 2009b, pp. 34-38). Si algunas personas padecen una desventaja, como es que su religión les imponga construir un altar muy costoso, y la desigualdad es muy profunda, a menos que se les otorgue una compensación, se impide que estas personas compartan un ideal de *reciprocidad comunal*. Este ideal de *reciprocidad comunal* solo se satisface

plan de vida. Ver (Roemer, 1993, p. 149; 1996, p. 276 y ss.; 1998, pp. 5-12), aunque por razones expresadas en otro lugar, creo que la propuesta de Roemer no puede ser viable en una sociedad bien ordenada por principios *públicos* de justicia que expresan ideales de igualdad y libertad. Ver (Fatauros, 2012).

⁹ “...there is indeed no relevant difference, here, between being at the short end of the electoral process and being at the short end of the market process” (2004, p. 14).

cuando las personas tienen los mismos poderes para enfrentar los riesgos de la vida. Si usted tiene menos oportunidades o menos poder económico que otro para enfrentar las enfermedades que pueden afectarlo, aunque esto se deba a su suerte en las opciones o a la determinación de costos que realiza el mercado, puede usted sentir que no es cierto que comparta una *vida social común* (2009b, pp. 10-11).

La equidad distributiva de Cohen exige erradicar las desigualdades que no provienen de una falta o decisión individual pero también exige erradicar las desigualdades que, aunque provienen de una falta o decisión individual, *no permiten que se satisfaga el ideal de reciprocidad comunal*. Este ideal comunitario representa el modo de vida que Cohen considera deseable y es incompatible con las desigualdades que son producidas por el mercado. Una sociedad en la que se permiten este tipo de desigualdades, es una sociedad en la que algunas personas no puedan llevar vidas *igualmente* valiosas y por ello es una sociedad moralmente incorrecta.

La ética igualitaria

Pero entonces, ¿las exigencias que se derivan de la equidad distributiva liberal encarnada en la *Igualdad de Recursos* dworkiniana presuponen un modo de vida incompatible con una ética igualitaria? Cohen afirma que su principio de reciprocidad comunal se satisface cuando "...trato a cada uno con quien tengo un intercambio cualquiera [...], como alguien a quien debo la misma actitud de reciprocidad que es característica de la amistad"¹⁰. Esta exigencia impone ciertas condiciones al tipo de vida deseable que llevaría una persona en una sociedad regida por el ideal de *reciprocidad comunal*. Cohen extrae los principios socialistas que rigen una sociedad bien ordenada imaginando la vida hipotética en un campamento. Las personas que viven allí están de acuerdo en que todos tienen una igual posición inicial en la distribución de los beneficios de la cooperación, que las desventajas producidas por las instituciones y por la naturaleza deben neutralizarse, y que las desigualdades producto

¹⁰ "... I treat everyone with whom I have an exchange or other form of contact as someone toward whom I have the reciprocating attitude that is characteristic of friendship". (2009b, p. 52).

de la suerte en las opciones —por ejemplo, las ventajas que obtiene alguien por el mero hecho de que prefiera trabajar más horas y descansar menos que otro— también debe eliminarse. ¿Cuál sería el modo en que las personas deben vivir según la ética *socialista igualitaria*?¹¹

Una vida valiosa no puede ser abstraída de la justicia o injusticia que existe en la sociedad. Para Dworkin, por ejemplo, no es posible llevar una vida valiosa si existe injusticia (Dworkin, 2000, pp. 260-263). Dworkin afirma que la idea misma de justicia es un parámetro normativo que se incorpora en el modelo de la ética liberal que presupone su teoría.

no podemos describir el desafío de vivir bien [...], sin considerar algunos presupuestos sobre los recursos que una buena vida debería tener a su disposición [...] no tenemos, creo, otra alternativa que introducir cuestiones de justicia dentro de ese relato estipulando que una buena vida es una vida adecuada a las circunstancias que la justicia exige¹².

Ahora bien, en una sociedad justa, ¿cuál es la vida que según Cohen debe vivirse? Cohen desestima el modelo de la ética liberal de Dworkin. Según Cohen, la vida éticamente aceptable, no es una respuesta apropiada a las circunstancias correctas. Existe solo un modo de vivir que es éticamente superior y por tanto es ése el modo en que uno *debe* vivir. La vida valiosa en cualquier sociedad, es la vida de una persona *motivada por la igualdad*, que intenta disminuir las desigualdades de los ciudadanos. Es la vida de quienes se preocupan por los demás tanto como se preocupan por sí mismos.

Esta concepción ética, supone una idea de lo bueno que está fundada en el desarrollo humano y que solo se obtiene mediante la cooperación recíproca. Éste es el desarrollo que alcanza quien intenta que todos tengan los mismos poderes para enfrentar el diario desafío de vivir

¹¹ Para un estudio sobre la concepción de la igualdad voluntaria de Cohen y su posible aceptación por una teoría marxista, ver (Lizárraga, 2011).

¹² “*We cannot describe the challenge of living well, that is, without making some assumptions about the resources a good life should have available to it [...] we have, I think, no alternative but to bring justice into that story by stipulating that a good life is a life suited to the circumstances that justice requires.*” (2000, p. 264).

(Cohen, 2009b, pp. 35-36). Por esa razón Cohen sostiene que una concepción *socialista* de sociedad, debe considerar moralmente incorrectas las actividades que generen desigualdades o relaciones que sean incompatibles con su ideal de *reciprocidad comunitaria* (Cohen, 2009b, pp. 35-36)¹³.

Ahora bien, si mi vida pudiese ser valiosa sin que yo me preocupe por cómo le va a los demás, entonces, no habría razón para objetar instituciones que funcionan como funciona el mercado. Precisamente este mecanismo permite que las personas realicen intercambios (que podríamos decir que no son injustos), y se despreocupen de cómo le va a los demás. Sin embargo Cohen piensa que una persona que se despreocupa por cómo le va a los demás no lleva una vida valiosa. Una persona preocupada solamente por su propio destino y fortuna, ve a las demás personas como una oportunidad para enriquecerse y como una amenaza a su propio éxito. Según Cohen, esta persona tiene un imagen “horrible” de los demás y está motivada solo por el egoísmo y la avaricia (Cohen, 2009b, pp. 40-41).

Según lo dicho hasta aquí, la concepción ética de Cohen exige que una persona se preocupe por cómo le va a los demás, y que vea cada intercambio con los demás como una oportunidad para que ambos sean mejores personas. En otras palabras, una persona debe cooperar con las demás, no buscando obtener una ganancia —algo que puede obtener mediante la cooperación y el intercambio— sino por el deseo de mejorar, tanto ella como la otra persona. La cooperación debe ser vista como algo bueno en sí mismo que nos permita mejorar como personas. Por lo tanto, a menos que coopere con las demás, y busque, no el beneficio (propio o de ambos), sino mejorar como personas y mejorar la calidad de sus vidas, su vida no puede ser considerada valiosa.

¿Es esto todo lo que se necesita para una vida valiosa? Es decir, una persona que no considera valioso nada más allá de las relaciones cooperativas, ¿puede llevar una vida valiosa? Imagine la historia de Ernesto, una persona que se relaciona y coopera con los demás, con el

¹³ Aunque expresa algunas dudas sobre si este tipo de prohibiciones serían contrarias a la justicia. Ver (Cohen, 2009b, p. 35).

fin de mejorarse a sí mismo y a los demás. Sus horas se pasan en un centro comunitario en el que trabaja y donde le proporcionan refugio, alimento, vestimenta y cuidados sanitarios. Su ambición es continuar trabajando en este centro, en el cual se realizan actividades para desalentar las relaciones cooperativas motivadas en el deseo de obtener beneficios económicos. Tiene familiares, pero no los atiende. Tiene creencias religiosas que le imponen algunas exigencias, pero no cumple con ellas. Cree que es más importante colaborar en el centro comunitario. Sin embargo todas sus relaciones con otros seres humanos las considera valiosas en sí mismas, porque los ve como “sus hermanos, sus amigos, sus vecinos”. Sus planes son seguir trabajando en este centro político-comunitario, y por ello su ambición fundamental (Cohen podría decir, su preferencia de segundo orden) se ve satisfecha¹⁴.

Pienso que para Cohen no se exige nada más para aceptar esta forma de vida como valiosa. En su interpretación de la equidad distributiva, Cohen exige distribuciones *sensibles a las necesidades personales*¹⁵. Pero este patrón distributivo no es exigido por una razón de justicia igualitaria sino que es exigido para que las relaciones humanas tomen una forma

¹⁴ Uno podría preguntar por qué el hecho de tener exigencias que derivan de vínculos familiares y satisfacer esas exigencias es contrario al ideal de igualdad comunitaria. El punto es que es irrelevante si son los vínculos familiares, las creencias religiosas, o los especiales vínculos de amistad que uno desarrolla lo que contradice la idea de vivir en comunidad cooperativa. En el ejemplo, Ernesto lleva una vida valiosa, *aún* cuando desatiende todos estos vínculos especiales. Esto muestra que, el hecho de tener estos vínculos se vuelve relevante solamente si uno considera que existe un ámbito personal en el que no son aplicables los principios de moralidad política. Si uno no tiene esta intuición, entonces, el hecho de ser insensible a los vínculos personales, es menos relevante aún, y puede aceptar el caso en que Ernesto, ni siquiera tuviera alguna preocupación por su vida independientemente de su tarea en el centro comunitario. Agradezco a Hernán Bouvier por la pregunta.

¹⁵ En diversos trabajos, Cohen afirma que su concepción sostiene el principio distributivo de raigambre marxista “a cada quien según sus necesidades”. Ver (2004, p. 17), y que simpatiza con este slogan (2008, p. 225). Una solución sería promover una política de subsidios generales, que si bien no es tan sensible a las necesidades individuales como una política de subsidios individuales, es más sensible que la distribución que produce el mercado (2004, pp. 17-18).

deseable (Cohen, 2009b, p. 39). Por ello, si la respuesta a la pregunta cómo debo vivir es que debo vivir de acuerdo al ideal de reciprocidad comunitario, entonces es irrelevante el hecho de que me encuentre en un territorio particular, que participe de una comunidad definida por ciertos actos institucionales, y que tenga cierta nacionalidad. Sin embargo, existe una fuerte intuición contraria que afirma que estas circunstancias sí son relevantes para el modelo de vida deseable. A menos que uno piense que las fronteras son completamente irrelevantes, las instituciones forman el contexto en el que surge la pregunta por la vida deseable.

Conclusión

De acuerdo a lo expuesto hasta aquí, podemos sacar algunas conclusiones sobre la filosofía política que defiende Gerald Cohen. En el primer capítulo “*On the Currency of Egalitarian Justice*” y en la crítica que ahí se hace contra la *Igualdad de Recursos*, se encuentra el germen de la posición del *Igualitarismo de la Suerte*. En primer lugar, la crítica de Cohen a la concepción de justicia de Ronald Dworkin sostiene que ciertas instituciones como el mercado no distinguen entre las elecciones responsables de los individuos y los factores que no pueden ser relacionados con un ejercicio de responsabilidad. La justicia exige compensar las desventajas que no están vinculadas a un ejercicio de responsabilidad.

En segundo lugar, en el capítulo “*Expensive Tastes Ride Again*” se observa que el problema de la responsabilidad no es lo más importante al momento de determinar cómo deben distribuirse los bienes para satisfacer un criterio de justicia. Algunas instituciones pueden producir resultados distributivos que son inaceptables aunque no se haya violado ningún criterio de legitimidad o criterio de justicia procesal. Si esto es así, incluso aunque las instituciones funcionen correctamente, algunos llevarán mejores vidas que otros porque tendrán más y mejores recursos para enfrentar las adversidades.

En tercer lugar, el principal problema de una sociedad justa, según Cohen, no consiste en instrumentar mecanismos institucionales que promuevan una distribución justa. El problema en cambio está asentado

en el aspecto motivacional de los individuos. Las instituciones justas no son una condición suficiente para lograr la igualdad que debe existir en una sociedad justa según los criterios de justicia socialista. Cada una de las decisiones de los ciudadanos de una sociedad en la que se satisface el ideal de reciprocidad comunitario, debe estar motivada en tratar a los demás como “*amigos, hermanos, conciudadanos*”. Si la motivación es ésta, cada uno de los ciudadanos que comparte la sociedad tratará de eliminar las desventajas inequitativas que afectan el desarrollo de la vida en común.

Sin embargo, la ética socialista basada en el ideal de la *reciprocidad comunal* no distingue entre las exigencias que pesan sobre las personas en un esquema institucional injusto, de aquellas otras exigencias que surgirían si el esquema institucional fuese justo. En ambos casos, la razón es que la vida que debería elegirse es aquella en la que “... [yo] produzca con un espíritu de compromiso hacia mis semejantes: yo deseo ayudarlos a la vez que recibir su ayuda, y recibir satisfacción de cada lado de esta ecuación”¹⁶.

Queda como tarea pendiente evaluar si, después de todo lo dicho hasta aquí, la ética socialista inspirada en el ideal de *reciprocidad comunal* es inaceptable debido a los rasgos perfeccionistas que muestra. Queda pendiente la determinación de si podría (y en qué sentido) ser posible volver compatible la ética socialista y la fuerte idea de justicia institucional que domina el pensamiento liberal contemporáneo.

Bibliografía

- Arneson, R. J. (1990). Liberalism, Distributive Subjectivism, and Equal Opportunity for Welfare. *Philosophy and Public Affairs*, 19(2), 158-194.
- Cohen, G. A. (1989). On the currency of egalitarian justice. *Ethics*, 99(4), 906-944.

¹⁶ “... *I produce in a spirit of commitment to my fellow human beings: I desire to serve them while being served by them, and I get satisfaction from each side of that equation.*” (Cohen, 2009b, p. 41).

- Cohen, G. A. (2004). Expensive taste rides again. In J. Burley (Ed.), *Dworkin and His Critics: with Replies by Dworkin*. Malden, MA: Blackwell Publishing.
- Cohen, G. A. (2008). *Rescuing Justice and Equality* (Hardcover ed.). London: Harvard University Press.
- Cohen, G. A. (2009a). Fairness and Legitimacy in Justice, And: Does Option Luck Ever Preserve Justice? In M. H. K. Stephen de Wijze, Ian Carter (Ed.), *Hillel Steiner and the Anatomy of Justice: Themes and Challenges* (Vol. 16, pp. 1): Routledge.
- Cohen, G. A. (2009b). *Why not socialism?*: Princeton University Press.
- Cohen, G. A. (2011). *On the currency of egalitarian justice, and other essays in political philosophy* (Otsuka, M. ed.): Princeton University Press.
- Dworkin, R. (1981b). What is Equality? Part 2: Equality of Resources. *Philosophy and Public Affairs*, 10(4), 283-345.
- Dworkin, R. (2000). *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*. Cambridge Mass.: Harvard University Press.
- Hurley, S. (2005). *Justice, luck, and knowledge*: Harvard University Press.
- Lizárraga, F. (2011). *G. A. Cohen, la igualdad voluntaria y el marxismo*. Ponencia presentada en el II Simposio de Ética y Filosofía Política.
- Roemer, J. E. (1993). A Pragmatic Theory of Responsibility for the Egalitarian Planner. *Philosophy and Public Affairs*, 22(2), 146-166.
- Roemer, J. E. (1996). *Theories of distributive justice*. Cambridge, Mass; London: Harvard University Press.
- Roemer, J. E. (1998). *Equality of opportunity*. London: Harvard University Press.

Sección IV

Balance de una discusión

“Derechos y Justicia Constitucional” revisitado

Juan M. Mocoroa¹

Resumen: En este trabajo se hace una reconstrucción de la discusión que tuvo lugar en el primer número de *Discusiones* respecto a los derechos y a la justicia constitucional. A tal fin, se recuerdan las posiciones allí sostenidas por José Juan Moreso, Juan Carlos Bayón y Roberto Gargarella; defensor el primero y críticos los dos últimos del constitucionalismo. Asimismo, se presta especial atención a las posiciones que estos autores han desarrollado en los últimos años controvirtiendo y defendiendo las posiciones sostenidas en aquel volumen. A partir de esto, en particular, se resalta la necesidad de vincular la justificación del constitucionalismo con cuestiones de cultura política que, si bien se presentó en la discusión, no se analizó con detalle. Además, se analizan dos cuestiones que se consideran relevantes: el llamado “constitucionalismo popular” y cierta matización de las originarias posiciones de los autores que defendieron las críticas democráticas al constitucionalismo.

Palabras claves: Constitucionalismo – Democracia – Derechos – Constitucionalismo débil – Valor intrínseco – Valor instrumental – Constitucionalismo popular – Cultura política.

¹ Universidad Nacional de Córdoba.

Introducción

Hasta hace unos años, cualquier autor hispanohablante que se ocupara de analizar la tensión entre constitucionalismo y democracia, debía manifestar una insatisfacción. En franca contraposición con los desarrollos teóricos en Estados Unidos, este tema no había despertado un elevado interés teórico; o bien no se le prestaba suficiente atención, o bien se asumían sin problematizar soluciones simplistas sobre los problemas en danza². No obstante, el tiempo ha pasado y, en la actualidad, se han desarrollado poderosos argumentos sobre el tópico. En particular, algunos filósofos se ocuparon de él con una sofisticación poco común y con un rigor analítico envidiable. De este modo, aquel lamento académico de la década de los noventa, hoy carece de sentido³.

² La introducción de un análisis profundo y sofisticado de este tema se remonta, recién, a trabajos pioneros de Carlos Nino aunque, en rigor, bastante insulares. Véase NINO, C., “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, *Cuadernos y debates*, 29, Madrid: CEC, 1991; *Fundamentos de derecho constitucional*, Bs. As.: Astrea, 1992; y *La constitución de la democracia deliberativa*, Roberto P. Saba (Trad.), Barcelona: Gedisa, 1997. Del mismo modo, podría señalarse solo las obras de Roberto Gargarella (*La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona: Ariel, 1996) y Víctor Ferreres Comella (*Justicia constitucional y democracia*, Madrid: CEC, 1997).

³ Véase, entre muchos otros trabajos de calidad, además de los citados en la nota anterior, BAYON, J., “Democracia, derechos y constitución”, *Discusiones*, 1, 65–94 y BAYON, J., “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”. En: CARBONELL, M. y GARCIA JARAMILLO, L. (Eds.), *El canon neoconstitucional*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010; DE LORA, P., “Justicia constitucional y deferencia al legislador”. En: LAPORTA, F. (Ed.), *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid: Ministerio de la Presidencia y CEC, 2003 y “Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortísimo”. En: CARBONELL, M. y SALAZAR, P. *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli*, Madrid: Trotta, 2005; FERRERES COMELLA, V., “Una defensa de la rigidez constitucional”. En: LAPORTA, F. (Ed.), *Constitución: problemas filosóficos*, “El control judicial de constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática”. En: CARBONELL, M. y GARCIA JARAMILLO, L. (Eds.), *El canon neoconstitucional*; LAPORTA, F., “Filosofía del derecho y norma

El primer número de *Discusiones* no tuvo en esta evolución una influencia menor. Los trabajos allí publicados son demostrativos de lo que recién dije; el rigor analítico, la profundidad filosófico política al analizar este temas y la originalidad en sus aspectos propositivos son característicos de los textos incluidos. Es por eso que algunos de sus argumentos —y los protagonistas del debate— aun hoy marcan la agenda de la discusión académica sobre la correcta relación entre constitucionalismo y democracia⁴. De allí que se justifique revisitar aquella lejana publicación.

En este trabajo haré lo siguiente. En un primer momento, presentaré, del modo más preciso que pueda, qué discutieron estos autores y describiré cuáles fueron sus argumentos. Luego indicaré algunos puntos abiertos no tratados de modo preciso. En particular, vincular la justificación del constitucionalismo con cuestiones de cultura política que, si bien se presentó en la discusión, no se analizó con detalle. En especial, las consecuencias que deben extraerse para la implementación

constitucional: una aproximación preliminar”. En: LAPORTA, F. (Ed.), *Constitución: problemas filosóficos. y El imperio de la ley*, Barcelona: Trotta, 2007; LINARES, S., “Sobre el ejercicio democrático del control judicial de las leyes”, *Isonomía*, 28, y *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid: Marcial Pons, 2008; MARTI, J., 2005. “El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales”. En: CARBONELL, M. y SALAZAR, P., *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli; La república deliberativa: una teoría de la democracia*, Madrid: Marcial Pons, 2006 y “Legitimidad y espacio para la democracia en Ernesto Garzón Valdés”, *Doxa*, 30; MORESO, J., *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*, Madrid: CEC, 1997; “Derechos y justicia procesal imperfecta”, *Discusiones*, 2000, 1, 15–51; “Sobre el alcance del precompromiso”, *Discusiones*, 2000, 1, 95–107 y *La constitución: modelo para armar*, Madrid: Marcial Pons, 2009; ORUNESU, C., *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Buenos Aires: Marcial Pons, 2012; PRIETO SANCHIS, L., “Tribunal constitucional y positivismo jurídico”, *Isonomía*, 16, y RUIZ MIGUEL, A., “Constitucionalismo y democracia”, *Isonomía*, 21; entre muchos otros que citaré.

⁴ Esta influencia es obvia, por ejemplo, en VILAJOSANA, J., “Precondiciones para el análisis del conflicto entre Tribunal Constitucional y Parlamento”, *Isonomía*, 36, 89-116.

de un determinado diseño institucional. Más tarde, intentaré referirme al estado actual del tema; para eso recurriré a dos posturas sobre el asunto. En primer lugar, al denominado “constitucionalismo popular” y, en segundo, a cierta matización de las originarias posiciones de los autores que defendieron las críticas democráticas al constitucionalismo.

Telón de fondo; filosofía y derecho constitucional.

El acercamiento filosófico al constitucionalismo no puede soslayar situarse en el eje de cierta incomodidad: la definición correcta de sus relaciones con el ideal democrático. En particular determinar si la idea de “democracia constitucional” es un oxímoron o un pleonismo⁵. Por un lado, no podría ser el caso en que una democracia sea constitucional sin dejar de ser, a su vez, verdaderamente democrática. El punto aquí es que el *core* del constitucionalismo es poner límites a lo que democráticamente es posible acordar. Desde otra posición se sostiene que *es* el constitucionalismo —con un cierto contenido— el que da sentido a la democracia —i.e. no puede darse el caso en que una “democracia” no sea “constitucional”—. De lo contrario, ésta sería un ideal vacío y carente de interés. En suma, la cuestión es pendular: se extiende, como gráficamente dice Holmes, entre el “fastidio” y la “amenaza”; para los demócratas la constitución es un “fastidio” y para los constitucionalistas la democracia es una “amenaza”⁶. El problema es, en palabras de Bayón, hacer frente al “hecho intelectualmente incómodo” que consiste en interrogarse si dos criterios de legitimidad del poder que *prima facie* se presentan como igualmente básicos e irrenunciables, conviven armónicamente o, al contrario, si colisionan irremediablemente⁷.

⁵ Stephen Holmes emplea la noción de “oxímoron” para referirse a este tema como un “matrimonio de opuestos”. Aunque descarta esta presentación; para él la tensión entre estos ideales es uno de los “mitos” del pensamiento político moderno. Conf. HOLMES, S., “El precompromiso y la paradoja de la democracia”. En: ELSTER, J. & SLAGSTAD, R., *Constitucionalismo y democracia*, Mónica Utrill de Neira (Trad.), México: FCE, 1999, p. 219.

⁶ Conf. HOLMES, S., “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, p. 219.

⁷ BAYON, J., “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, p. 421.

El pensamiento moderno, se ha ocupado de analizar esta tensión con mayor o menor suerte. Si hay algo que ha quedado claro en esto, es que no es posible sortearla sin cuestionar las propias bases desde las que se parte. A fin de clarificar las preguntas que están presentes, y sus posibles vías de solución, la teoría constitucional se vio auxiliada por la filosofía del derecho, política y moral. En efecto, desde un tiempo a esta parte, es un lugar común que filósofos del derecho bien preparados se ocupen de problemas que, en principio, estaban geográficamente delimitados a los constitucionalistas dogmáticos. Tal encuentro, a mi modo de ver, ha hecho evolucionar al propio derecho constitucional⁸. Cuando nos interrogamos por los fundamentos del constitucionalismo es difícil, sino imposible, no recurrir a la filosofía política y moral en auxilio⁹. En tanto, ayudan a formular las preguntas adecuadas de modo correcto y muestran el camino para las respuestas que deben presentarse¹⁰.

Francisco Laporta, hace unos años, afirmó que la relación entre el derecho y la moral no es un tema más de la filosofía del derecho; es *el* lugar en que se encuentra¹¹. Es decir que, en todo caso, deberían

⁸ Recuérdese, por caso, a Dworkin que advirtió la necesidad de vincular el derecho constitucional con la teoría ética respecto a la protección de los derechos frente al Estado. Su intuición era que esta rama del derecho no haría ningún progreso hasta que enfrentara este problema. Conf. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Marta Guastavino (Trad.), Barcelona: Planeta Agostini, 1993, p. 233. Hace referencia, también, a esta idea, DE LORA, P., “Justicia constitucional y deferencia al legislador”, p. 344/345.

⁹ Se trata de problemas que “nos empujan más allá de la Constitución misma, a los criterios últimos que utilizamos para justificar sus cláusulas y guiar nuestras decisiones constitucionales”. LAPORTA, F., “Filosofía del derecho y norma constitucional: una aproximación preliminar”, p. 39.

¹⁰ Y esto es así porque, como correctamente afirma Moreso, “los fundamentos del constitucionalismo constituyen un ámbito en el que conviven fecundamente la teoría jurídica (la teoría del derecho *sensu stricto*, pero también como es obvio la teoría constitucional), la teoría política (la teoría de la democracia, la teoría del diseño institucional) y la filosofía (de la filosofía del lenguaje a la filosofía social, moral y política)”. MORESO, J., *La constitución: modelo para armar*, p. 21.

¹¹ La referencia exacta es: “...el problema de las relaciones entre moral y derecho no es *un* tema de la filosofía jurídica, sino es *el* lugar donde la filosofía del

determinarse las relaciones entre esos dominios normativos. Algo semejante ocurre con el derecho constitucional. La relación entre democracia y constitucionalismo no es apenas un elemento introductorio de una teoría constitucional; es el corazón de los problemas que, como comunidad política, enfrentan todas las sociedades contemporáneas. Se trata de determinar el espacio concreto que debe asignársele a cada uno de sus miembros en el derecho a participar en la toma de las decisiones públicas que a ellos les conciernen. Y, con esto, el procedimiento adecuado en la fijación del alcance y contenido de sus derechos. Es así que al resolver —o al intentarlo— sus posibles relaciones y tensiones estamos tomando una opción por uno de ellos. Las decisiones que se adopten, por eso, se relacionan con las dificultades entre ideales con los que nos sentimos fuertemente comprometidos. En todo caso, su trascendencia surge de que se trata de una cuestión que nos concierne a todos. No dar la espalda a este “hecho intelectualmente incómodo”, como dice Bayón, nos obliga a incursionar en los fundamentos del constitucionalismo; lo que, de ningún modo, puede hacerse a extramuros de un análisis filosófico. Esto también surge del primer número de *Discusiones*, como veremos.

Constitucionalismo y democracia, ¿ideales en tensión?

La pregunta que titula este acápite parece una contradicción. Todo lo dicho presupone una verdadera tensión entre la democracia y el constitucionalismo; que ellos no encajan armónicamente sobre un mismo engranaje. El modo interrogativo se justifica, de todos modos, porque no es necesario rechazar de plano la posible interacción conflictiva entre ellos para salir en la búsqueda de fundamentos que hagan comulgar ambas nociones. Por eso, ni siempre se sostuvo la contradicción ni es una cuestión pacífica que ello sea así. En efecto, muchas teorías postulan que la tensión es solo aparente. Para ellas una correcta definición de democracia o constitucionalismo lo demostraría.

derecho *está*”. Conf. LAPORTA, Francisco, *Entre el derecho y la moral*, México: Fontamara, 1995.

Así, por ejemplo, se defendió que la noción de democracia vaciada de contenido sustantivo carece de sentido¹²; que la verdadera democracia constitucional es aquella en la que, en su seno, está la protección de los derechos fundamentales¹³, que esta noción sin limitaciones es un yerro conceptual pues confunde el “dominio de la mayoría” con el “principio de la mayoría”¹⁴; etc. Ahora, como dice Bayón, “...si como ideales morales se parte no solo del de los derechos, sino también del valor de la democracia, entonces el camino hacia el constitucionalismo es quizá menos llano de lo que parece”¹⁵. Incluso, desde la propia atalaya de los derechos el camino tampoco carece de espinas. Los avances teóricos más importantes desde las filas democráticas, justamente, están destinados a demostrar que la objeción democrática se basa en derechos¹⁶.

¹² Por ejemplo, DWORKIN, R., “La lectura moral y la premisa mayoritarista”, Paola Bergallo y Marcelo Alegre (Trads.). En: KOH, Harold H. y SLYLE, R. (Comp.), *Democracia Deliberativa y Derechos Humanos*, Gedisa, Barcelona, 2004; GARZON VALDES, E., “Democracia y representación”. En: GARZON VALDEZ, S., *Derecho, ética y política*, Madrid: CEC, 1993 e *Instituciones suicidas. Estudios de ética y política*, México: Paidós y UNAM, 2000.

¹³ Por ejemplo, FERRAJOLI, L., “Juspositivismo crítico y democracia constitucional”, *Isonomía*, 16, “Sobre la definición de democracia. Una discusión con Michelangelo Bovero”, *Isonomía*, 19, y “Derechos Fundamentales” en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi (Trads.), Madrid: Trotta, 2004. Para críticas en clave democrática, véase BOVERO, M., “Democracia y derechos fundamentales”, *Isonomía*, 16, 2002; DE LORA, P., “Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortísimo”; MARTI, J., “El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales”.

¹⁴ Conf. KELSEN, H., *Esencia y valor de la democracia*, Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz Lacambra. (Trads.), Madrid: Punto Omega – Guadarrama, 1977.

¹⁵ Conf. BAYON, J., “Democracia, derechos y constitución”, p. 68.

¹⁶ El *locus* clásico aquí es WALDRON, J., *Derecho y desacuerdos*, José Luis Martí y Águeda Quiroga (Trads.), Madrid: Marcial Pons, 2005. Véase, también, WALDRON, J., “The core of the case against judicial review”, *The Yale Law Journal*, 115, 1346, y BELLAMY, R., *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la democracia*, Jorge Urdániz Ganuza y Santiago Gallego Aldaz (Trads.), Madrid: Marcial Pons, 2010.

Ahora bien, algunos teóricos sostienen que el papel que una teoría moral le adscriba a los derechos en el razonamiento moral y jurídico tiene sus proyecciones en el diseño institucional que una comunidad se otorgue. En otras palabras, el compromiso moral con su protección acarrea consecuencias institucionales de importancia. Dos en particular. Por un lado, la existencia de un conjunto de derechos que se presentan al margen de cualquier negociación y discusión política. Esta tesis en el ámbito de la discusión filosófica de habla castellana tiene un feliz nombre, propuesto por Garzón Valdés, el “coto vedado”. Según la cual no es posible que las mayorías se inmiscuyan con los derechos; ellos están al margen de las apetencias mayoritarias. Están más allá, en suma, de la regla de la mayoría. Para asegurar esto, el constitucionalismo tiene la maquinaria indicada: supremacía y rigidez. De ahí que las manos alzadas son inertes en este ámbito¹⁷. Se trata, en puridad, de un supuesto de incompetencia¹⁸. Las mayorías son incompetentes para establecer cursos de acción si, con ello, podrían afectar ese núcleo esencial de derechos. Existiría una especie de tendencia suicida en la democracia que debe evitarse; “librada a su propio dinamismo, una clara tendencia a la destrucción” aflora¹⁹. En palabras de Ernesto Garzón:

[I]a representación parlamentaria es éticamente justificable [solo] cuando respeta la vigencia de los derechos de cada cual a los bienes primarios y procura satisfacer a través del compromiso la realización de los deseos secundarios de los miembros de la comunidad política [...] [C]onstituyen el núcleo no negociable de una constitución democrático liberal que propicie el Estado social de derecho. Para el coto vedado vale la prohibición de reforma [...] y el mandato establecido de adopción de medidas tendientes a su plena vigencia”²⁰.

¹⁷ Como gráficamente dice Richard Bellamy, para quienes piensan de este modo las decisiones democráticas son tomadas por “aquellos que más gritan”. BELLAMY, R., *Constitucionalismo político*, p. 45.

¹⁸ Véase GARZÓN VALDES, E., *Instituciones suicidas*, p. 100 (para quien sería un caso de impotencia de las mayorías).

¹⁹ Conf. GARZÓN VALDES, E., *Instituciones suicidas*, p. 17.

²⁰ Conf. GARZÓN VALDES, E., “Democracia y representación”, p. 649.

Sin este *enforcement* institucional la democracia estaría expuesta a extralimitaciones propias de las mayorías y, por ende, sería una penosa forma de honrarla; porque, de lo contrario, no tiene nada de valorable. Así, se sostiene, no debería hacerla colapsar en el más puro y simple mayoritarismo; comprender esto evitaría equívocos conceptuales y las perniciosas consecuencias que un accionar contrario arroja²¹. Única y exclusivamente la satisfacción de los derechos más básicos —*i.e.* bienes universalizables o bienes primarios— justifican éticamente la representación política. De tal suerte, el ámbito de estos derechos limita aquello que es posible decidir democráticamente. Solo con respecto a los “deseos secundarios” tendría sentido ético político que a ellos se refirieran las contingentes mayorías.

Ahora bien, si se admite que una “teoría moral basada en derechos” —*rights based*— da fuerza justificatoria a la existencia de ese conjunto de derechos y si, como consecuencia de ello, se acepta que se presentan como indisponibles para las mayorías, devendría necesario la adopción de instituciones que tengan como finalidad primaria su protección. Esto es, el adecuado resguardo del coto vedado. Aquí aparecen en escena arreglos institucionales que tienden a asegurar ese anhelo: la primacía de la constitución, su rigidez y el control judicial de constitucionalidad. Esta es la tesis de cierto liberalismo político, particularmente sensible a esta cuestión²². De este modo, les ha otorgado a los derechos una especie de *prius* lógico y ético que, incluso, poseen la fuerza institucional de legitimar

²¹ Para una de las posiciones más conocidas sobre esta forma de argumentar, véase, DWORKIN, R., “La lectura moral y la premisa mayoritarista” (distingue dos concepciones de la democracia. La “estadística”, que supondría el dominio irrestricto del principio mayoritario y la “constitucional” que, por el contrario, estaría conformada por limitaciones sustantivas: los derechos básicos de los ciudadanos. Para él solo esta última estaría justificada; insiste en que no hay nada valioso en el puro mayoritarismo).

²² Bouzat, Esandi y Navarro sostienen que la discusión sobre la naturaleza y justificación del control judicial de constitucionalidad es un “debate *interno* al liberalismo político”. Conf. BOUZAT, A., ESANDI, L. y NAVARRO, P. “Introducción”, *Discusiones*, 1, p. 9. No creo que esto necesariamente sea así; a mi parecer las objeciones más importantes al “constitucionalismo fuerte”, al contrario, se basan en posiciones republicanas.

la propia actuación del Estado. Esto ha hecho que, en suma, se entienda que su legitimidad solo puede lograrse ni bien se aseguren un conjunto de derechos individuales que deben considerarse como que integran ese “coto vedado”. Se encontraría, por tanto, al margen de la negociación política y, por ende, más allá de las posibilidades de adopción de cursos de acción por parte de las mayorías políticas. De tal modo, deberían estar excluidos todos aquellos bienes que son considerados “como básicos para la realización de cualquier plan de vida”.

Por supuesto, los problemas aquí son numerosos. En primer lugar, no es para nada obvio que una teoría basada en derechos deba arribar a estas conclusiones sin añadir premisas adicionales. En segundo lugar, no es nada sencillo cómo identificar los bienes que deberían estar encorsetados en derechos. Surge como interrogante, por ello, cuál sería el criterio a utilizar para proceder a su inclusión en un catálogo de derechos constitucionales, cómo serían determinados y qué procedimiento se seguiría para esto. Si la respuesta recurriera a la opinión consensuada o mayoritaria de una determinada comunidad política, obviamente, sería contradictoria con sus propios fundamentos. Dado que la razón para extirparlos del alcance de las mayorías es, justamente, su carácter de bienes universalizables o primarios, no es posible sostener coherentemente que en el nivel constituyente sí estén a su alcance; mas no, en el nivel legislativo. O, al menos, para sostener esto es necesaria una justificación independiente. Y ésta debería presuponer que los “momentos constitucionales” son presenciados y participan en ellos personas más ilustradas sobre las que es dable identificar una competencia especial en materia moral y política; quienes colocarían constitucionalmente los bienes correctos y no pecarían ni por defecto ni por exceso. Esto es, no incluirían bienes que no debieran incluir —por no ser bienes primarios— ni dejarían de incluir bienes que son primarios. Ahora, el punto es que, como dice Elster, “la idea de que los constituyentes son semidioses legislando para bestias es una ficción”²³.

De tal modo, es necesario rechazar el marco de la moral positiva y encontrar las bases de la fundamentación racional de normas morales en situaciones hipotéticas en las que se recurre a la imparcialidad y

²³ Citado en BAYON, J., “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, p. 447.

universalidad²⁴. Incluso, para esta teoría no es relevante si los sujetos son conscientes y autorreflexivos sobre la necesidad de que estos derechos estén protegidos en un ámbito constitucional y, por tanto, fuera del alcance de mayorías esporádicas. Dado que son los necesarios para satisfacer cualquier plan de vida, sería una muestra de irracionalidad no aceptarlos. Es que quien no comprende este carácter es un “incompetente básico” y, por ende, se justifican actitudes paternalistas a su respecto²⁵. Esto, y no otra cosa, permitiría el constitucionalismo, al menos, en alguna versión fortificada.

Empero, las cosas no son tan simples como, a primera vista, parecerían. José Luis Martí, entre otros, ha sometido a esta posición a una crítica, a mi criterio, demoledora. Por eso en lo que sigue, reconstruiré sus objeciones²⁶. Advierte Martí que si las críticas son correctas, debería quedar en claro que “la teoría es devastadora” para la democracia. Tres motivos identifica como generadores de estos indeseables efectos: 1.- El problema de la paradoja de precondiciones de la democracia; 2.- El problema del precompromiso irreversible; y, 3.- El problema de la indeterminación de los derechos fundamentales y el control de constitucionalidad de las leyes.

En referencia al primer problema, puede decirse lo siguiente. Si los derechos imponen limitaciones al procedimiento democrático, la entidad de estos límites depende de cómo se los conciba y, en especial, cuáles sean. En efecto, si esos límites son los que comúnmente se denominan “derechos procedimentales”, entonces serán internos al procedimiento democrático. Ahora bien, si son independientes de él se tratarían de límites externos. Por último, si estamos en presencia de ambas clases de derechos el procedimiento, como es obvio, tendrá

²⁴ Por ejemplo, así lo hace GARZON VALDES, E., “Democracia y representación”.

²⁵ Sobre el vínculo entre “incompetente básico” y paternalismo jurídico justificado, véase GARZON VALDES, E., “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”. En: GARZON VALDES, E., *Derecho, ética y política*.

²⁶ Conf. MARTI, J., “El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales”. Su opinión sobre el “coto vedado”, en MARTI, J., “Legitimidad y espacio para la democracia en Ernesto Garzón Valdés”.

límites internos o externos, según el tipo de derechos de que se trate. Admitido que sea que ciertos temas deben estar al margen de las decisiones políticas, y que esto se realiza para la protección de ciertos derechos que se conciben como fundamentales, puede ser realizado por diversas razones. Deviene entonces necesario determinar por qué se les atribuye ese carácter. La importancia teórica es obvia al interpretar sus limitaciones y el margen asignado a la institución democrática. Convincentemente, Martí identifica dos estrategias: 1.- Las “precondiciones de la democracia” —*i.e.* la garantía de determinados derechos es conceptualmente necesaria para que exista, o para otorgar valor, al propio procedimiento democrático—; y, 2.- La “justicia sustantiva” —*i.e.* se protegen ciertos valores sustantivos porque toda decisión democrática que los vulnere es claramente injusta—. Con respecto a la primera, el problema es la llamada “paradoja de las precondiciones de la democracia”. Esta se puede entender del siguiente modo: el ideal democrático tiene un conjunto de precondiciones sin las cuales el propio procedimiento o no existe o carece de valor alguno. Ahora bien, depende de cuán extensivas sean esas condiciones para no caer en un regreso al infinito. Es que si estos derechos deben asegurarse y protegerse, y si ellos implican o incluyen desde la libertad de expresión, por ejemplo, hasta los conflictivos derechos sociales puede que no quede nada para decidir democráticamente. Entonces, veladamente el ámbito de la deliberación y de la política librada al principio de la mayoría o es inexistente —por ser demasiado amplias las condiciones de procedimiento necesarias para que la democracia funcione— o son tan estrechas que no aseguran esas condiciones —por no incluir derechos que deberían ser incluidos—. En suma, los derechos así concebidos pueden generar supuestos de sobre e infrainclusión; o se incluyen derechos que no deberían protegerse para asegurar el procedimiento democrático limitándolo excesivamente, o bien no se aseguran los que dan valor y sentido a ese procedimiento²⁷.

²⁷ El autor que más claramente señaló este aspecto fue Carlos Nino. En sus palabras: “Cuando intentamos satisfacer las precondiciones del proceso democrático, expandimos su valor epistémico, pero, al mismo tiempo, reducimos su alcance. De este modo enfrentamos el peligro de contar con un

En palabras de Martí:

Si garantizamos las precondiciones de la democracia para hacerla posible y valiosa, ya no [la] necesitamos [...] porque los grandes temas de controversia están zanjados. Si no las garantizamos, entonces el ámbito de la democracia

método óptimo pero para tomar decisiones sobre muy pocas cuestiones, dado que apartamos la mayoría de las cuestiones fuera del alcance del proceso democrático para que éste funcione correctamente”. Véase NINO, Carlos S., *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 302. Un análisis detenido de esta posición en MARTI, J., “Un callejón sin salida. La paradoja de las precondiciones (de la democracia deliberativa) en Carlos S. Nino”. En: ALEGRE, M., GARGARELLA, R. y ROSENKRANTZ, C. *Homenaje a Carlos S. Nino*, Buenos Aires: La Ley – Facultad de Derecho, 2008. Recientemente Claudina Orunesu sostuvo que esta paradoja o solo se vincula con la concepción epistémica de la democracia o bien es trivial. Lo primero, porque cuanto más sean los derechos que se reconocen como precondiciones, mayor será la fiabilidad moral del procedimiento; pero menor el campo para su puesta en práctica. Lo segundo, porque si se justifica el procedimiento democrático por su valor intrínseco, no hay nada de paradójico en que deban asegurarse, a través de una carta de derechos, ciertas precondiciones para que el procedimiento exprese adecuadamente el principio que le da fundamento. La trivialidad, entonces, es que la supuesta paradoja solo sostiene que, si se atrinchera un derecho para asegurarlo, queda sustraído del procedimiento ordinario en la toma de decisiones. ORUNESU, C., *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Buenos Aires: Marcial Pons, 2012, p. 184/185. No creo que sea correcta la postura de esa autora. Por un lado, este problema está implicado en toda concepción de la democracia deliberativa y no se limita únicamente a la controvertida concepción epistémica de Nino. Los problemas surgen, en rigor, porque aquella concepción se funda sobre dos aspectos; uno deliberativo y otro democrático. Existen algunas vinculaciones entre esos aspectos que generan el riesgo de que ambos supuestos colapsen. Nótese que, por ejemplo, si se sostiene que los derechos sociales son una precondición de la democracia será necesario que se satisfagan un conjunto de condiciones esenciales para la participación política, por lo tanto, habrá cuestiones que democráticamente no podrán decidirse. En especial, cómo se habrán de asignar los recursos públicos para satisfacer ciertas necesidades ciudadanas, porque esto debiera tener una respuesta constitucional. Ahora, en la determinación precisa de esta cuestión existen un número importante de cuestiones políticas que deben resolverse. El problema, entonces, es que las condiciones necesarias para

permanece abierto, pero o no será posible el procedimiento o no tendrá valor alguno²⁸.

La estrategia sustantiva tampoco carece de objeciones. Según ésta, los derechos se consagran en tanto exigencias de una concepción de justicia. Esto es, son ideales de cómo debemos concebir las instituciones para que estén moralmente justificadas; lo que determina la necesidad de consagrar un conjunto de derechos como indisponibles y más allá de las decisiones mayoritarias. Los problemas aquí se relacionan con el “hecho del desacuerdo”²⁹. Esto es: ¿Cuáles derechos merecen dicha calificación? ¿Cuál es la concepción de la justicia correcta para determinar estos derechos? ¿Quién y cómo se va a encargar de determinar el contenido de los derechos fundamentales?³⁰ Waldron puso

satisfacer el valor que le asignamos a la democracia son tan exigentes que su resultado es dejar muy poco o nulo espacio a las decisiones democráticas. De tal modo, “cuanto más perfectas fueran las condiciones de ejercicio del derecho de participación, menos posibilidades habrá de ejercerlo”. Conf. BAYON, J., “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, p. 423. Se trata, en fin, de una cuestión que está vinculada a cómo se definan y estructuren esas precondiciones. Sobre estas dificultades aplicadas a los derechos sociales, véase, LAPORTA, F., “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”. En: BETEGÓN CARRILLO, J. *et all* (Coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid: Ministerio de la Presidencia y CEC, 2004. Por tanto, esto es independiente de la concepción epistémica de la democracia y relativa a cualquier postura procedimental. Respecto a la trivialidad creo que, en rigor, lo trivial es la objeción. El punto que la paradoja denuncia es la dificultad de abrazar una postura únicamente procedimental respecto a los derechos y, nos advierte, que tras la definición del conjunto de derechos considerados *a priori* se agazapan serios problemas que deben enfrentarse para guardar grados de coherencia interna. Es que, como insinué, pueden colapsar los dos elementos de una concepción deliberativa de la democracia en casos en los que no se efectúe un adecuado balance entre ellos.

²⁸ Conf. MARTI, J., “El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales”, p. 383.

²⁹ Como se sabe, este argumento se remonta a WALDRON, J., *Derecho y desacuerdos*.

³⁰ Conf. MARTI, J., “El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales”, p. 383.

de resalto esto en las “circunstancias de la política”. Esto es, tenemos desacuerdos razonables en las comunidades políticas en las que participamos sobre la existencia, alcance y contenido de los derechos más básicos; y la necesidad, pese a esto, de establecer cursos de acción común. De continuar siendo partícipes, diría, de una comunidad política. Si se acepta lo que he dicho hasta aquí, debería aceptarse que en sociedades políticas pluralistas el desacuerdo no solo está presente sino que, además, es inerradicable. Ahora, constatar esta propiedad fáctica debería tener alguna consecuencia para el establecimiento de un procedimiento referido a determinar su alcance y contenido. Y entonces, concluye, no existirían razones para seleccionar aquel que le atribuye esta decisión a individuos —*i.e.* los miembros del poder judicial— que, en rigor, desacuerdan de la misma forma, con el mismo énfasis y con semejante fortaleza que el resto de los ciudadanos y que, sin embargo, no han sido ni elegidos por ellos ni son controlados por el pueblo.

De ahí que, parece, existe un hiato entre los dos mundos que se vinculan de este modo. Por un lado, el de la justificación y, por otro, el de un específico diseño institucional que tienda a la satisfacción de ese ideal normativo. Este salto podría ser identificado como el “hiato de la inevitabilidad”. Según el cual, se supondría que el diseño constitucional “fuerte” —*i.e.* que defiende la primacía de la constitución, rigidez constitucional y control judicial de constitucionalidad de modo incondicionado— es inevitable si se quiere satisfacer en forma consistente y eficaz los derechos más básicos. No obstante, no es para nada obvio que esto sea así; porque, como dice Bayón, en el trayecto desde la teoría moral y política a estos diseños institucionales particulares “se agazapan más dificultades de lo que parece”³¹. El punto es que este diseño institucional se presenta como derivación necesaria de una teoría moral. Para esta posición, una teoría de la justicia que abrace un conjunto de derechos básicos debe estar vinculada de un modo estrecho con una teoría constitucional, de la autoridad y, finalmente, del diseño institucional que se comprometa a protegerlos eficazmente.

Los problemas que anidan aquí son más serios que los que una consideración ligera podría suponer. Estos resquemores se basan en dos

³¹ BAYON, J., “Democracia, derechos y constitución”, p. 66.

reproches fincados sobre un presupuesto común. Por un lado, es muy difícil, sino imposible, justificar el poder otorgado —o arrogado según el caso— a los miembros del Poder Judicial para proteger el contenido del “coto vedado”. Para esta posición el control judicial de constitucionalidad es un hecho democráticamente incómodo. Es que las interpretaciones sobre las más importantes cuestiones constitucionales y de moralidad política son dirimidas por un actor que, en principio, solo posee legitimidad democrática indirecta y sobre el cual las posibilidades de *accountability* ciudadana son, en el mejor de los casos, muy escasas o difíciles de poner en práctica o, en el peor, nulas. Esto se advierte con facilidad ni bien pensemos las materias sobre las que autoritativamente las voluntades de estos no representantes del pueblo, a diario, resuelven³². En especial, con solo revisar los anales jurisprudenciales de países en los que el control de constitucionalidad tiene una larga práctica de ejercicio interpretativo. Así, por ejemplo, cuál

³² Alexy sostiene que, en algún sentido, los jueces constitucionales también son representantes del pueblo. Para él la legitimidad del Parlamento se deriva de su representación democrática. Y para que el control de constitucionalidad sea compatible con la democracia el Tribunal Constitucional de algún modo debe representar al pueblo. Ahora bien, el concepto de “representación” puede analizarse diádicamente: “democrática o decisional” y “argumentativa”. De allí surgen dos modelos de democracia, una “puramente decisionista” y otra “deliberativa”. El primero, acentúa las elecciones y la regla de mayoría. El segundo, “es un esfuerzo [por] institucionalizar el discurso como medio para la toma pública de decisiones”. Desecha la primera concepción y abraza la segunda. Para la noción deliberativa la representación del pueblo sería a la vez decisionista y argumentativa; mientras que en el Tribunal Constitucional es solo argumentativa. A esto debe adicionársele que la representación expresa, también, una pretensión de corrección. Ahora bien, en el ejercicio del control de constitucionalidad confluyen dos elementos que lo justifican: 1. Su ejercicio es limitado (no está todo permitido y son identificables argumentos correctos); y 2. Se conecta con lo que el pueblo piensa (un número suficiente de personas aceptan sus argumentos como razones correctas); con estas limitaciones, y en este sentido, el Tribunal Constitucional es un representante deliberativo del pueblo. Conf. ALEXY, R., “Constitutional Review and Representation”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3, 5, p. 572 – 581. Véase, también, TUSHNET, Mark, “Constitutional Interpretation, Character and Experience”, *Boston University Law Review*, 72, 1992, 747–763.

es el alcance de la libertad de expresión y si, por ejemplo, tutela la crítica mordaz y despiadada a los funcionarios públicos; si garantiza la difusión de pornografía; la posibilidad de emplear el derecho penal para castigar conductas que, en principio, son calificables como autorreferentes por no ocasionar un daño de modo directo a un tercero; sobre la existencia de un derecho constitucional al aborto ante la carencia de un texto claro que lo disponga; si el matrimonio, finalmente, debía considerarse una institución indisoluble o si, por el contrario, una constitución impone su disolubilidad.

A esto debe sumarse que el material con el que trabajan estos individuos es, por lo general, deliberadamente impreciso³³. Se trata de normas que, en muchos casos, han sido diseñadas en un lenguaje principista y están necesitadas de un proceso ulterior de determinación para su correcta identificación. Además, esas normas determinan un sinnúmero de cuestiones de la mayor importancia política. Y ellas, en palabras de Dworkin, invitan a una constante “lectura moral”. Ahora bien, si aceptamos que en muchos casos esa lectura es inevitable y si adicionamos como elemento a considerar algunas particularidades de diseño institucional —*i.e.* rigidez constitucional, dificultad contextual basada en cultura política para su reforma, etc.— advertiremos que, *de iure* o *de facto*, las adjudicaciones efectuadas por el poder judicial serán definitivas³⁴. Vale decir, tendrán la última palabra institucional sobre cuestiones que, debemos aceptarlo, nos conciernen a todos³⁵. Su ubicación institucional, que sus decisiones sean muy difíciles de superar

³³ Se trata de lo que Cass Sunstein denomina “incompletely theorized agreements”. Conf. SUNSTEIN, Cass, “Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law”, *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper*, No. 147, 2007, disponible en <http://www.law.uchicago.edu/files/files/147.pdf>.

³⁴ Según Bayón: “si el procedimiento de reforma constitucional es tan exigente que, en la práctica, su puesta en marcha es inviable, entonces los jueces constitucionales tienen *de facto* la última palabra sobre el contenido y alcance de los derechos básicos”. Conf. BAYÓN, J. “Democracia, derechos y constitución”, p. 69.

³⁵ Esa definitividad los convierte institucionalmente en infalibles. Sobre todo cuando se combina con la rigidez constitucional. De ahí que el *Justice* Robert Jackson afirmara: “*We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final*”. USSC, “Brown v. Allen”, 344, U.S., 443, 540 (1953).

y de altos costos democráticos hace que, en definitiva, sean los últimos institucionalmente competentes para referirse a la constitución de una determinada comunidad.

Ahora bien, el constitucionalismo no se presenta de un modo uniforme. Es posible identificar algunos elementos que otorgan más razones para las quejas del demócrata. En este sentido, no sería el constitucionalismo *in totum* una afrenta a la democracia; al contrario, es la conjunción de esos caracteres institucionales los que determinan un particular diseño objetable desde un punto de vista democrático. Solo interesa destacar aquí que es necesario tomar conciencia de las posibles combinaciones, por gradiente, que este puede presentar. Pues, cuando mentamos algo así como “constitucionalismo” podemos querer decir muchas cosas; según cuáles sean sus elementos caracterizantes³⁶. Como sostiene Marmor, lo hallaremos en “distintos paquetes” y “[s]olo analizando la totalidad del paquete podemos determinar si (y en qué medida) un régimen constitucional dado es robusto”³⁷. El grado de rigidez, el poder de las cortes para determinar el contenido de la constitución y su poder para prevalecer sobre la legislación democrática son los caracteres a tener en cuenta para “medir” el grado de robustez del constitucionalismo. Y, de este modo, cuál es su compatibilidad con el autogobierno y la democracia.

En resumen, las objeciones democráticas corren por dos rieles. Por un lado, la *supremacía* de la constitución en conjunción con su *rigidez*. La incomodidad aquí se asienta sobre la dificultad para justificar por qué las decisiones de un órgano legislativo, que representa a la mayoría de la población, deben verse limitadas por un texto en el que no ha participado de su construcción y que, por definición, determina la exclusión de algunas materias como ámbitos sobre los que ya no podrá

³⁶ Véase, WALUCHOW, W., 2004: “Constitutionalism”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponible en <http://plato.stanford.edu/archives/spr2009/entries/constitutionalism> y NINO, Carlos, *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 16/17.

³⁷ Conf. MARMOR, A., “Son las constituciones legítimas”. En: MARMOR, A.: *Teoría analítica del derecho e interpretación constitucional*, Jorge Luis Fabra Zamora *et al.* (Trad.), Lima: Ara Editores, 2011, p. 176.

deliberar³⁸. Es que si aceptamos que el órgano legislativo representa razonablemente bien la pluralidad de convicciones de la ciudadanía, que el desacuerdo razonable sobre el contenido de los derechos, que “somos una multitud, y tenemos desacuerdo sobre la justicia”³⁹; deberían ofrecerse razones independientes para sostener que algunas cuestiones no pueden librarse al principio de la regla de la mayoría. Nótese que las materias incorporadas en la Constitución son, a partir de allí, materias no debatibles. Esto es, nos encontramos dentro de la *esfera de lo indecible*. Por otro, como se adelantó, la propia idea del control de constitucionalidad en manos del poder judicial. Según el cual los jueces constitucionales tienen el poder para anular o inaplicar, para el caso concreto, decisiones democráticas. Aquí se interroga por la legitimidad de estos individuos, ni democráticamente elegidos ni responsables ante el pueblo mismo, para decidir de un modo autoritativo y final cuestiones constitucionales. Nada de esto debería llamar la atención. El constitucionalismo, desde un punto de vista ideológico, tiene dos finalidades: proteger derechos y limitar al poder. Sin embargo, esta última solo es esencial en tanto instrumental a la primera teleología. De este modo, se excluyen algunas consideraciones del ámbito discursivo para ser alejadas de contingentes mayorías⁴⁰.

El problema es que, ni bien se la analiza institucionalmente, la regla de decisión colectiva que así defendería es, en palabras de Bayón, “lo

³⁸ Por eso, Laporta se interroga: “¿Cuál es la razón que justifique la existencia de un texto constitucional que se superponga a ese órgano y limite sus competencias legislativas dificultando o excluyendo de sus deliberaciones y decisiones en determinadas materias”. LAPORTA, F., *El imperio de la ley*, p. 221.

³⁹ Conf. WALDRON, J., *Derecho y desacuerdos*, p. 7.

⁴⁰ En palabras de Marmor: “La razón esencial de las constituciones escritas es suprimir determinadas decisiones político-morales de los asuntos ordinarios de la legislación [...] suprimir determinadas decisiones ordinarias que se toman en los procesos democráticos, básicamente, para protegerlos de la regla de la mayoría”. Conf. MARMOR, A., “Son las constituciones legítimas”, p. 172. No se trata de una consideración efectuada por académicos trasnochados; algunos miembros del Poder Judicial lo reconocieron: “El propósito mismo de una declaración de derechos fue retirar ciertos temas de las vicisitudes de la controversia política para colocarlos fuera del alcance de mayorías... y

que decida la mayoría, siempre que no vulnere lo que los jueces constitucionales entiendan que constituye el contenido de los derechos básicos”⁴¹. Pero, ¿por qué deberíamos tolerar esto? ¿Cuáles son las razones que nos conducirían a sustraer porciones importantes de temáticas concernientes a todos del debate colectivo?⁴² ¿Es posible que justifiquemos esta limitación en una especie de prejuicio sobre cuáles son las tendencias de las asambleas democráticas? ¿Existen razones independientes de consideraciones elitistas y sesgadas? Es obvio que, detrás de esto, existe una notoria desconfianza respecto al curso de acción que podría adoptar una contingente mayoría sobre minorías “discretas e insulares”, por decirlo según una famosa frase⁴³. ¿Por qué deberíamos aceptar este planteo? ¿Por razones históricas o conceptuales? ¿Es deseable que se atrincheren, en fin, algunas cuestiones y que no estén al alcance de las mayorías populares? ¿Estaría esto justificado moral y políticamente? Son estas preguntas las que originan la llamada “objección contramayoritaria” con la que, como dice Bayón, el constitucionalismo tiene una “espinosa cuenta pendiente”⁴⁴.

A responder a estas preguntas, y a tantas otras, dedica su atención José Juan Moreso en el trabajo que sirve de pórtico al primer número de

establecerlos como principios jurídicos que serán aplicados por los tribunales.” Conf. “West Virginia State Board of Education vs. Barnette” citado por HOLMES, S., “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, p. 218. Más ejemplos en WALUCHOW, W., “Constitutionalism” y *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el common law. Un árbol vivo*, Pablo de Lora (Trad.), Madrid: Marcial Pons, 2009.

⁴¹ BAYON, J., “Democracia, derechos y constitución”, p. 69.

⁴² Las preguntas son: ¿Cuál es la principal razón de una constitución escrita? ¿Cuál es el sentido de hacer esto? ¿Por qué querríamos hacer esto? Conf. MARMOR, A., “¿Son las constituciones legítimas?”, p. 179.

⁴³ Conf. “United States vs. Carolane Products Co.”, 304 U.S. 144, 152-153, n. 4 (1938) *Justice* Harlan Stone.

⁴⁴ BAYON, J., “Democracia, derechos y constitución”, p. 67. De todos modos, le asiste razón a Friedman en que existe una lamentable falta de claridad sobre qué significa “contramayoritario”; con esto puede decirse que las decisiones judiciales son adoptadas al margen (y contrarias a) las preferencias de la ciudadanía. Sin embargo, para esto debieran apoyarse en estudios empíricos que lo demuestren; sin embargo, como no lo hacen se genera demasiada incertidumbre e imprecisión. Conf. FRIEDMAN, B., “Constitutionalismo

Discusiones; las respuestas de Roberto Gargarella y Juan Carlos Bayón a esa provocación brindan razones para distanciarse de él y, además, argumentos adicionales de por qué, y en qué medida, el suyo no es un buen acercamiento. En lo que sigue, reconstruiré su posición.

Moreso sobre el constitucionalismo; or a constitutionalist scholar

El texto que abre el primer número de *Discusiones* tiene tres partes⁴⁵. En primer lugar, su autor efectúa algunas consideraciones conceptuales. Allí defiende la neutralidad de su tesis en cuestiones de metaética y respecto de la posición en ética normativa que de fundamento a una teoría de la justicia. Únicamente ésta debe comprender ciertos principios que establezcan derechos. Luego, discute los críticos del constitucionalismo y defiende lo que llama la “primacía de la constitución” en forma incondicionada. Según esta tesis, si se acepta una teoría de la justicia que contiene principios que establecen derechos básicos, entonces debemos comprometernos con el diseño de instituciones políticas que aumenten la probabilidad de obtener decisiones que no los violen. La protección constitucional de esos derechos es un elemento, a menudo necesario, para tal fin. Finalmente, propone una justificación condicionada de la actuación del poder judicial. El control judicial de constitucionalidad, reconoce, no es un requisito necesario, ni suficiente, para la protección de los derechos básicos. En algunas circunstancias, incluso, puede dificultar su protección; por lo que no habría razones para mantenerlo. Ahora, tampoco las hay para pensar que es un procedimiento que siempre debe ser rechazado⁴⁶. Moreso distingue, entonces, los diseños institucionales necesarios incondicionadamente

popular mediado”, Margarita Maxit (Trad.), *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 6, 1, p. 123.

⁴⁵ Aquí no me ocuparé del primer punto señalado porque no hace al *core* de la discusión y creo que no es estrictamente necesario para sostener las dos tesis institucionales que defiende. En el mismo sentido, Conf. GARGARELLA, R., “Los jueces frente al ‘coto vedado’”, *Discusiones*, 1, p. 64, n.2.

⁴⁶ Así lo expresa el propio autor en MORESO, J., “Derechos y justicia procesal imperfecta”, p. 40/41.

de aquellos que son meramente contingentes para la protección de los derechos. De ahí que sostenga una justificación diferenciada de las instituciones del constitucionalismo fuerte; por eso, la “primacía de la constitución” es necesaria e incondicionada mientras que, por el contrario, el “control jurisdiccional de constitucionalidad” solo es contingente y condicionado a las particularidades de cultura política de una comunidad.

Su postura tiene un basamento moral y político importante. En uno de sus últimos trabajos sitúa el “trasfondo de la constitución” en el propio campo de la moralidad. Para él la democracia constitucional no es uno más de nuestros ideales; se trata de una *condición contribuyente* —i.e. una condición necesaria de una condición suficiente— para el desarrollo y florecimiento humano y, entonces, para la protección de los derechos individuales. Por cuanto, parecería razonable pensar que en el marco de “...un sistema político respetuoso de los derechos individuales, con instituciones democráticas sólidas” existen más seguras “posibilidades para el bienestar humano, concebido de modo integral”⁴⁷. Ahora bien, situar el constitucionalismo en el ámbito de la moralidad no despeja las dudas. En efecto, ni existe un acuerdo generalizado sobre cuáles son las razones que lo sostienen ni sobre la correcta comprensión del ideal de la democracia constitucional ni, en particular, sobre el rango de acción de las decisiones mayoritarias⁴⁸.

Esto nos coloca de lleno ante el problema objeto de discusión en *Discusiones*. Pues, si aceptamos su posición —i.e. deben respetarse los derechos para asegurar las mayores posibilidades al bienestar humano y el constitucionalismo es el mejor modo de conseguir esos objetivos— el interrogante por el constitucionalismo, y su vinculación con la

⁴⁷ MORESO, J., *La constitución: modelo para armar*, p. 22.

⁴⁸ Moreso descarta el relativismo y el escepticismo moral porque no ofrecerían argumentos coherentes y aceptables todas las cosas consideradas. Sin embargo, no por eso el defensor del constitucionalismo debe abrazar el “absolutismo moral”. Existiría un resquicio para la defensa de un “objetivismo moral pluralista”, según el cual podemos identificar “el objetivismo de las razones morales que nadie, en condiciones tales que le permitan apartar los prejuicios que nublan su visión adecuada de las cosas, rechazaría”. Conf. MORESO, J., *La constitución: modelo para armar*, p. 27.

democracia, se hace presente. Recuérdense lo ya dicho: determinar si existe una justificación plausible para retirar ciertos temas de la agenda política; protegerlos en una constitución reforzada frente a decisiones mayoritarias; qué rol le cabe al poder judicial en la defensa de esos derechos; y, por último, una cuestión interpretativa: cómo debe posicionarse respecto de las interpretaciones efectuadas por el poder legislativo⁴⁹.

Para responder a estos interrogantes, establece un vínculo entre la teoría de la justicia, los derechos básicos y el diseño institucional⁵⁰. Le preocupa determinar cuáles consecuencias institucionales se derivan de la adopción de una teoría de la justicia que, entre sus principios, contiene algunos elementos que “confieren derechos básicos”. ¿Es cierto que una teoría de la justicia *rights based* implica, en el nivel institucional, que aquellos deban estar atrincherados en una Constitución? Si la respuesta fuera afirmativa, ¿cuáles serían los que deben incluirse en el catálogo constitucional? ¿Solo los derechos más básicos? ¿Con qué criterio los determinaremos? ¿En virtud de qué procedimientos serán incorporados a la Constitución? Aun cuando tuviéramos respuestas no controvertibles a esos interrogantes: ¿con qué nivel de detalle debe realizarse la inclusión? ¿En normas abstractas y generales con la estructura de lo que comúnmente se denominan “principios” o, por el contrario, con la mayor precisión posible? Luego, deberá determinarse quién los

⁴⁹ En palabras de Moreso la cuestión es responder tres interrogantes: 1. ¿Está justificada la idea de primacía de la constitución?; 2. ¿Está justificado establecer un mecanismo de control judicial de constitucionalidad?; y, 3. ¿Qué grado de deferencia deben tener los órganos jurisdiccionales ante las decisiones legislativas? Conf. MORESO, J., *La constitución: modelo para armar*, p. 29. Sin embargo en “Derechos y justicia procesal imperfecta” no se ocupa de los problemas de interpretación jurídica. Para su posición, véase *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución* (aquí está el germen de argumento justificatorio de la primacía de la constitución: el “precompromiso”) y *La constitución: modelo para armar* (analiza muchos temas de interpretación constitucional, y cómo y por qué, para enfrentarlos debería recurrirse al “positivismo jurídico incluyente”).

⁵⁰ La necesidad de este vínculo, como veremos, no es discutido por quienes responden de un modo diferente a los mismos interrogantes. La controversia, en todo caso, surge por las conclusiones a las que se arriba.

protegerá; es decir, si la mejor forma de resguardar esos bienes es dejándolos a los procedimientos democráticos o bien debe ser un poder judicial independiente y separado de las mayorías políticas el fijado para su protección. Aun cuando se identifique a este poder para encarar esta tarea, las cuestiones no quedan allí. ¿Qué posición institucional debe adoptar en la tutela de estos derechos? ¿Una actividad garantista y activista? ¿Debe, al contrario, ser deferente a las decisiones mayoritarias y solo en ciertos y precisos casos en los que la intervención sobre un derecho fundamental se vea como irracional controvertir esas decisiones? ¿Debe emplear en la resolución de los casos que se le presenten teorías morales controvertidas?

La intuición de Moreso es que

Si se acepta una teoría de la justicia que contiene principios que establezcan derechos básicos, entonces hay poderosas razones para que al menos algunos de estos derechos se conviertan en el diseño institucional justo en derechos constitucionales con cierta primacía sobre las decisiones legislativas ordinarias y, también, que hay poderosas razones para confiar en los órganos jurisdiccionales algunos aspectos de la protección de estos derechos constitucionales⁵¹.

El detalle del argumento, es el siguiente. La democracia sería un supuesto de “justicia procesal imperfecta”⁵²; porque si bien es cierto que existe un criterio independiente para establecer el resultado correcto de un procedimiento, no nos es posible designar aquel que asegure la obtención de resultados justos en todos los casos. En modo alguno es posible pensar en la democracia como instanciación de la noción de “justicia procesal pura”; al menos no para una concepción de la justicia

⁵¹ MORESO, J., “Derechos y justicia procesal imperfecta”, p. 16/17.

⁵² Rawls distingue tres tipos de justicia procesal: “pura”, “perfecta” y la, ya referida, “imperfecta”. Para la primera, que un resultado sea justo es consecuencia de un procedimiento que es justo en sí mismo y sobre el que carecemos de un criterio independiente que permita identificar los resultados justos. Según la segunda, al contrario, contamos con un criterio independiente y previo sobre qué es lo justo, de modo que un diseño institucional debería asegurar el resultado que se compadece con ese criterio. Véase, RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, María Dolores González (Trad.), México: FCE, p. 89 y ss.

que abrace entre sus ideales principios que reconocen derechos. Las decisiones democráticas, claro está, pueden ser injustas; en especial con los derechos de las minorías. En función de esto, se debe resolver “cómo diseñar procedimientos políticos que aseguren en la mayor medida posible resultados de acuerdo a los principios de justicia”⁵³. Y el procedimiento democrático no podría, por sí mismo, hacerlo.

Esta conclusión, debería comprometernos con una concepción “dualista” de la democracia. Se establecerían restricciones a las decisiones a ser alcanzadas por la regla de mayoría dejando fuera de su alcance algunas cuestiones. La democracia, así caracterizada, se distinguiría por dos notas; una positiva y otra negativa. Según la primera, es posible distinguir entre el poder constituyente y el poder constituido. Por la segunda, debe rechazarse la soberanía parlamentaria. Ahora bien, no es pacífica esta caracterización del dualismo. Bruce Ackerman por ejemplo, uno de los autores que más se ha preocupado por la defensa de esta noción, se compromete con ciertas conclusiones que el profesor español no estaría dispuesto a aceptar. En tanto una interpretación plausible del dualismo es pensar que este es democrático primero y protector de derechos después y que estos son definidos de acuerdo a decisiones democráticas de una mayoría movilizada⁵⁴. Por el contrario, Moreso no podría aceptar que los derechos más básicos sean definidos de acuerdo a movilizaciones mayoritarias. Por eso, su posición podría calificarse de “fundamentalista”; para la que, en términos de Ackerman, “la constitución es, primero y principal, un instrumento de protección de derechos de tal modo que solo después que estos derechos son garantizados el proceso puede abrirse su propio camino”⁵⁵. Y si esto es así, entonces, es menos democrática de lo que parece.

⁵³ Conf. “Derechos y justicia procesal imperfecta”, p. 31.

⁵⁴ Conf. ACKERMAN, B. y ROSENKRANTZ, C., “Tres concepciones de la democracia constitucional”, *Cuadernos y debates*, 29, Madrid: CEC, 1991 p. 25.

⁵⁵ Para Moreso el dualismo se caracterizaría por la existencia de un límite para las competencias de la legislación ordinaria y, por ende, a la regla de mayoría. Es decir que algunas cuestiones están fuera de su alcance. Para esto invoca la autoridad de Ackerman. No estoy muy seguro de que esta interpretación sea correcta; o, al menos, que la identificación de su postura pueda identificarse con lo que éste entiende por “democracia dualista”. Esta noción le sirve al profesor americano para demostrar, entre otras cosas, que existen diferentes

Luego, defiende su propia posición para justificar la “primacía de la constitución”. Antes de esto señala que, en primer lugar, podríamos defender a la democracia como el mejor modo de obtener resultados justos. En segundo, identificaríamos algunas restricciones a ese procedimiento con una finalidad: imponer limitaciones a la regla de la mayoría. Desechadas las posiciones contrarias, defiende la existencia de ciertas circunstancias que determinarían la “primacía de la constitución”. A estas las denomina “las circunstancias de la constitución”. Sostener esto, reconoce Moreso, implica pagar un precio; la conocida “paradoja de la democracia” denunciada por Elster: “[c]ada generación desea tener la libertad de sujetar a sus sucesoras, sin ser sujeta por sus predecesores”⁵⁶. Entonces, si esto es así, si es cierta esta pretensión de cada generación, es necesaria una justificación ulterior. Aquí aparece el conocido argumento del precompromiso⁵⁷.

niveles de compromiso popular con las normas que dicta el gobierno. De ahí que distinga dos “momentos” de la legislación; el “constitucional” y el de “política ordinaria”. Según el primero, es el pueblo mismo quien se expresa sobre la constitución a partir de juicios reflexivos y considerados y, por eso, no habría posibilidad de controlar su voluntad. Las decisiones adoptadas estarían más allá de la revisión judicial. Aun cuando en esa oportunidad se suprimieran derechos de los más básicos. Por el contrario, los momentos de “política ordinaria” no están respaldados por una voluntad popular significativa y, por eso, podrían ser objeto de control de constitucionalidad. Sobre la visión “monista”, “dualista” y “fundamentalista” de la democracia, Vid. ACKERMAN, B. y ROSENKRANTZ, C., “Tres concepciones de la democracia constitucional”. Sobre el dualismo en general y como reconstrucción histórica de Estados Unidos, ACKERMAN, B., *Who the people. Foundations*, Cambridge: Harvard University Press, 1991.

⁵⁶ ELSTER, J., *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, México: FCE, 2000, p. 159/160.

⁵⁷ Juan Carlos Bayón menosprecia la actualidad de esta justificación. Primero, me parece, porque considera que las objeciones de Waldron fueron devastadoras. Segundo, por el viraje teórico de quien la propuso: Jon Elster. Este autor, en un primer momento —*Ulises y las sirenas*— defendió el poder explicativo y justificatorio de esta estrategia para comprender el constitucionalismo. Sin embargo, recientemente —en *Ulises desatado*— puso serias dudas sobre su fuerza. Al margen de esto, intentaré ocuparme con algún detalle en tanto sigue siendo sostenida por Moreso. Véase, MORESO, J., *La Constitución: modelo para armar*.

El sintagma “democracia constitucional”, entonces, no sería un oxímoron. En realidad, las limitaciones impuestas por la constitución deben considerarse un elemento capacitador de la democracia. Evitaría situaciones de debilidad de voluntad que podrían perjudicar. El argumento presupone dos cuestiones: el autopaternalismo y la racionalidad imperfecta. Se trata de mecanismos que aseguran que el sujeto pueda “atarse a sí mismo” para garantizar la racionalidad de decisiones futuras. Así como ciertas decisiones individuales aseguran la racionalidad de una decisión posterior, lo mismo ocurre desde un punto colectivo. De este modo, el mecanismo de un modo indirecto explica aquellos casos en los que actuamos así porque “llevar a cabo cierta decisión en el tiempo t_1 [logrará] aumentar la probabilidad de llevar a cabo otra decisión en el tiempo t_2 ”. En suma, “atarse a sí mismo en [ciertas] situaciones consiste en excluir determinadas decisiones del futuro, para preservar una decisión del pasado que se valora positivamente”⁵⁸. Esto, y no otra cosa, haría la “primacía de la constitución”.

La estrategia del precompromiso, entonces, se basa en una analogía con las decisiones individuales. Según ella, al igual que en estos supuestos existen mecanismos de decisión colectiva que también intentan asegurar la racionalidad futura; de este modo, pretenderían “excluir la posibilidad de tomar determinadas decisiones [...] para preservar contenidos especialmente valiosos”⁵⁹. La democracia constitucional, a decir verdad la primacía de la constitución, sería un ejemplo claro de esta noción. Pues, “determinadas materias (los derechos fundamentales, la estructura territorial del Estado, la división de poderes, etc.) quedan fuera de la agenda política cotidiana y, por lo tanto, del debate público y del debate legislativo —de la regla de la mayoría, que solo vale para la agenda del resto de cuestiones—”. Es que, “[s]i las decisiones colectivas son susceptibles de ser afectadas por la debilidad de las voluntades concurrentes, entonces es razonable pensar en introducir mecanismos procesales para la toma de decisiones que introduzcan la

⁵⁸ Conf. MORESO, J., “Derechos y justicia procesal imperfecta”, p. 36.

⁵⁹ Conf. MORESO, J., “Derechos y justicia procesal imperfecta”, p. 36.

racionalidad indirectamente [...] Por lo tanto, el coto vedado de los derechos constitucionales está justificado como un mecanismo de precompromiso para nuestras decisiones colectivas”. Por eso, se convierte en un “instrumento susceptible de dificultar [las] decisiones que violan derechos”⁶⁰.

Sin embargo, la estrategia tiene sus propios problemas. En primer lugar, se basa en una por demás cuestionable analogía entre las decisiones individuales y colectivas. Esto tiene un aire paradójico. Es justamente lo que hace atractiva la propuesta teórica la que determina sus dificultades. En efecto, parte de su atractivo es que estamos muy familiarizados con ella; es muy común que recurramos cotidianamente para garantizar la racionalidad de nuestras propias acciones⁶¹. No obstante, la semejanza es solo superficial. Existe una diferencia fundamental: en el caso individual *es el mismo* sujeto quien se impone esas restricciones; ello no ocurre con respecto a la comunidad⁶². Si existe la posibilidad de que la comunidad cambie, el problema de la identidad deviene consustancial a las normas que se habrá de dictar. Moreso, en su respuesta, intenta una salida elegante; pero infructuosa. No cuestiona las objeciones que se le formulan ni propone una interpretación mejor de la idea de precompromiso. En rigor, debía dar razones de por qué el problema de la identidad no tiene la importancia que los críticos le adjudican; debía demostrar que no se trata de distintas comunidades en distintos tiempos; que, en suma, es uno y el mismo sujeto el que se ata. Ahora bien, no fue esta su estrategia. Por el contrario, pretendió derruir la objeción cuestionando la analogía entre decisiones individuales y

⁶⁰ Conf. MORESO, J., “Derechos y justicia procesal imperfecta”, p. 37.

⁶¹ WALDRON, J., *Derecho y desacuerdos*, p. 309.

⁶² Sobre el problema de la “identidad”, véase GARGARELLA, R., “Los jueces frente al ‘coto vedado’” y BAYON, J., “Democracia, derechos y constitución”. Recuérdese cómo Jefferson y Paine insistían en que la tierra le pertenece a los vivos. Por eso el primero propuso que cada generación debía estar en condiciones de dictar su propia constitución cada diecinueve años (ya que este sería el término de “vida” de una generación). Sobre estos autores y otros ejemplos históricos sobre la “dificultad intergeneracional” y el gobierno de la “mano muerta del pasado”, véase HOLMES, S., “El precompromiso y la paradoja de la democracia”.

colectivas. En particular, cuestiona que exista algo así como una noción de la identidad en el ámbito individual: su posición es que “existe en [la] crítica el presupuesto de que la identidad de los agentes individuales no es problemática y que un agente individual tiene en cada momento una sola opinión acerca de cómo debe comportarse”. Además, agrega, los teóricos que se han ocupado de este problema acuden a una analogía entre el concepto de identidad individual y la identidad de una sociedad. De esto deduce que “[d]ado que la pluralidad y el conflicto no solo son un problema para las decisiones colectivas, sino también para las decisiones individuales; entonces el mecanismo del precompromiso no puede impugnarse en el caso de las primeras y justificarse en el caso de las segundas”⁶³.

Ahora bien, no creo que esta sea una respuesta adecuada a la objeción democrática. Por el contrario, me parece que preterintencionalmente se allana al planteo. Por ejemplo, Jeremy Waldron insistió que el núcleo de este problema radica en no distinguir cuándo un sujeto se coloca ante el juicio de otro individuo (o conjunto de individuos). Pues todo caso en que se coloque en el deber de soportar o someterse al juicio de otro individuo (o conjunto de individuos) es de difícil justificación. Según este criterio, entonces, no habría ningún problema en objetar la supuestamente no objetable decisión individual⁶⁴. Si se diera el caso en que el individuo se coloca sobre el *juicio* de otro no estará justificado el mecanismo. Entonces, si se demostrase que el

⁶³ MORESO, J., “Sobre el alcance del precompromiso”, p. 97.

⁶⁴ Para Waldron diferenciar entre “mecanismos causales” y someterse al “juicio de otro” hace que la analogía de *Ulises* no sea satisfactoria. Un ejemplo al que recurre es muy esclarecedor. Imagina una persona, Bridget, que se debate entre concepciones religiosas alternativas. Y, sin embargo, un buen día se compromete con una fe tradicional en un Dios personal. Por eso decide entregar las llaves de su completa biblioteca sobre teología a un *grupo de amigos* con instrucciones de no devolvérselas nunca; aun cuando se las pida. Ahora bien, un buen día las dudas sobre su fe renacen. Entonces, pide que se las devuelvan. Se trata, claro, de una contradicción entre dos o más *yo*es en conflicto. El punto es que al someterse al juicio de otro, no es posible no cumplir con esta exigencia sin tomar partido sobre la forma de manejar y comprender las concepciones teológicas de la protagonista. WALDRON, J., *Derecho y desacuerdos*, p. 320/322.

individuo ya, en un sentido relevante, no es más el mismo individuo la decisión se habría colocado en manos de otro individuo y, por tanto, no estaría justificada. La voluntad de éste estaría dominada arbitrariamente por la de otro.

En segundo lugar, se basa en una premisa cuestionable y no justificada: las decisiones más meditadas y de mayor racionalidad son las adoptadas en los momentos fundacionales del ámbito constitucional; y no en casos de política ordinaria. Además presupone que las mayorías tienden a fagocitar los derechos de las minorías. En rigor, se trata de una actividad un tanto esquizofrénica. Los individuos, en el ámbito de su privacidad, son considerados “portadores de derechos”. Estos se protegen porque ellos son autónomos y las decisiones adoptadas en ejercicio de esa autonomía deben ser respetadas y quedar fuera del escrutinio público. Esas decisiones, se piensa milleanamente, son las mejores que pueden tomarse pues cada uno es el mejor juez sobre sus asuntos. Ahora, cuando ese individuo trasciende el ámbito de su privacidad, cuando sus actos dejan de ser autorreferentes, asumirá una posición de “depredador de derechos”. En palabras de Waldron:

...el respeto por los derechos individuales no es compatible con una imagen puramente depredadora de las mayorías legislativas, puesto que las mayorías están compuestas por individuos portadores de derechos y parte de lo que respetamos en esos individuos es su capacidad para ser portadores de derechos para darse cuenta responsablemente de lo que ellos deben a los demás”⁶⁵.

Moreso frente a esta crítica tiene una doble réplica. Por un lado, el precompromiso no es un fin en sí mismo; es un instrumento destinado a asegurar que ciertas decisiones *acertadas* estén atrincheradas. Por otro, ese resultado se logrará en tanto los bienes atrincherados sean dignos de protección. Por eso, sostiene, “[l]a calidad de una decisión constitucional no depende de que esté atrincherada sino de su acuerdo con los principios de justicia”. Ahora bien, insiste en que deben distinguirse dos formas de entender el precompromiso: (i) como mecanismo para

⁶⁵ WALDRON, J., *Derecho y desacuerdos*, p. 308.

alcanzar resultados adecuados; y, (ii) como “mecanismo de evitación”. En cuanto a lo primero, acepta que la mayor calidad deliberativa no se encuentra en cómo (y cuándo agregaría) se toma una decisión. Es su contenido lo que cuenta; sobre qué se decide. Presume que los integrantes de comunidades políticas estarían de acuerdo sobre cuestiones muy generales y abstractas. Para sostener esto denuncia cierta incoherencia de la postura democrática. Si cualquier objeción se sostiene sobre el “hecho del desacuerdo” en las circunstancias de la política, no existe ninguna razón para sostener que todo es controvertido y controvertible en relación a las cuestiones sustantivas pero no sobre el derecho a la participación⁶⁶. En relación al segundo punto —*i.e.* como “mecanismo de evitación”—, evitaría un “exceso de deliberación”, una “deliberación muy conflictiva” y excluiría asuntos espinosos cuya no resolución impediría incluso el vivir juntos⁶⁷. Ahora, esta salida solo puede tener efectos explicativos o brindar motivos estratégicos a esos fines; pero de ningún modo justificatorios. Esto es, tiene sentido en cuanto reconstrucción heurística de decisiones constitucionales⁶⁸. Empero, por qué sería una razón moral para atrincherar estas cuestiones queda pendiente; además, nótese, la relación entre las “reglas mordaza” y el ámbito deliberativo y democrático son inversamente proporcionales. Si el contenido, número y extensión de esas reglas de evitación aumentan, las posibilidades democráticas de deliberación disminuyen⁶⁹. Más allá de este punto, Sunstein identificó dos problemas adicionales.

⁶⁶ Esta objeción, por algo que diré más adelante, tiene sentido sobre Waldron pero no sobre el constitucionalismo débil defendido por Bayón.

⁶⁷ Esta estrategia fue pensada por Stephen Holmes. Para este autor, “al aplazar la discusión sobre un asunto espinoso, un grupo o una nación pueden aumentar su capacidad de resolver el problema emergente cuando este ya no puede disimularse”. HOLMES, S., “Las reglas mordaza o la política de omisión”. En: ELSTER, J. & SLAGSTAD, R., *Constitucionalismo y democracia*, p. 73.

⁶⁸ Es muy estimulante relacionar estas *gag rules* con acontecimientos históricos de una comunidad específica. Para el caso de los Estados Unidos, véase HOLMES, S., “Las reglas mordaza o la política de omisión”.

⁶⁹ Esto lo reconoce HOLMES, S., “Las reglas mordaza o la política de omisión”, p. 85: “La democracia no solo se vuelve posible, sino también imperfecta, por una reducción sistemática de los asuntos bajo el control de la mayoría”.

En primer lugar, la privatización de cuestiones conflictivas puede ser un “arma de dos filos”. Esto es, puede ser cierto que promueva la democracia pero la falta de deliberación pública sobre ello no establece de un modo claro cuál habrá de ser su resultado. Además, “la privatización por medio de ley constitucional inmuniza también la cuestión ante el escrutinio público...”. Y esto puede generar efectos indeseados. En particular, si uno asume que un aspecto importante de la política es el tratamiento de cuestiones conflictivas, de sostenerse esa postura, el ámbito sobre el que ella habrá de expresarse no sería trascendente; “los procesos democráticos solo podrían actuar cuando lo que estuviere en juego fuera poco relevante y las cuestiones más graves se resolverían tras bambalinas o entre grupos particulares”. En segundo, el espacio que le resta a la ciudadanía para tratar estos temas conflictivos no es institucional. Una buena pregunta, entonces, sería en qué ámbito ellos podrían ser discutidos y cuáles alternativas quedarían en manos del pueblo. El problema es que, como dice Sunstein, “[s]i la resolución por medios de procesos políticos es inviable, el pueblo podrá ejercer mayor presión y, tal vez, se valdrá de los remedios políticos generales, perderá la fe en el sistema y recurrirá a medios extralegales”⁷⁰.

Al margen de esto, quisiera insistir en un punto reclamado por Waldron. Para él, deben distinguirse las situaciones referidas a mecanismos causales y las que están relacionadas con juicios externos. Por eso, recuerda que la (primera) posición de Elster supuso que los mecanismos de autoimposición de limitaciones fijan un procedimiento causal externo al agente. De este modo, atarse a sí mismo implica un proceso causal en el mundo externo que facilita la ejecución de la decisión adoptada en t_1 . No es esto lo que ocurre en política. Los límites constitucionales no funcionan causalmente sino que, por el contrario, importan que un conjunto de personas —*i.e.* una comunidad política— otorgan un poder de decisión a otra persona o conjunto de personas (un tribunal), como una *cuestión de juicio*, si la conducta que está siendo contemplada (por ejemplo, por el Parlamento) en t_2 vulnera un límite adoptado en t_1 ⁷¹. Vale decir, se trata de una situación en la que alguien

⁷⁰ SUNSTEIN, C “Constitucionalismo y democracia: un epílogo”. En: ELSTER, J. & SLAGSTAD, R., *Constitucionalismo y democracia*, p. 357.

⁷¹ WALDRON, J., *Derecho y desacuerdos*, p. 313.

se coloca en manos de un tercero para que evalúe si las situaciones por él pensadas con anterioridad, en este instante están presentes. No es el mismo sujeto quien las evalúa sino que es un tercero quien adquiere la *capacidad de juicio* para su determinación e identificación. Y, lo que es fundamental, sujetar la cuestión al sometimiento de “juicios externos”, en especial cuando se invita a jueces constitucionales a recurrir a principios abstractos de moralidad política, “presagia el desacuerdo, y en política la cuestión es siempre cómo deben resolverse los desacuerdos entre los ciudadanos”⁷². Por eso el interrogante fundamental, nos dice Waldron, es: “¿el juicio de *quién* debe prevalecer cuando los ciudadanos discrepan en sus juicios?” Si recurriésemos a los jueces en este caso, no es en el juicio de la comunidad precomprometida; sino que, por el contrario, es el juicio de un tercer sujeto distinto. Lo que ocurre es que “...los arreglos constitucionales [...] no pueden ser considerados realmente como una forma de precompromiso por un agente A en un tiempo t_1 respecto de una decisión (para el tiempo t_2) que el propio A ha tomado. En su lugar, es una forma de sumisión de A en t_1 a cualquier juicio realizado en t_2 por otro agente B en la aplicación de principios muy generales que A ha ordenado tener en cuenta a B”⁷³.

Y, en tercer lugar, esta estrategia solo podría dar razones respecto a la primacía de la constitución; mas no respecto del control judicial de constitucionalidad. Esto lo reconoce Moreso y, por eso, su conclusión no es terminante. Para él no existen razones independientes de la cultura política en la que se inserta para su justificación. En tanto no es necesario que el *judicial review* proporcione resultados justos y correctos, sino que esta posibilidad está condicionada por (y depende del) contexto político en el que este arreglo se incorpora⁷⁴. Por eso,

...si el control jurisdiccional de constitucionalidad es un instrumento adecuado para asegurar el coto vedado de los derechos depende de consideraciones contingentes y estratégicas. En algunas sociedades y en algunos momentos [...] puede ser adecuado para aumentar la probabilidad de

⁷² WALDRON, J., *Derecho y desacuerdos*, p. 315.

⁷³ Conf. WALDRON, J., *Derecho y desacuerdos*, p. 316.

⁷⁴ La misma idea defiende DWORKIN, R. *La justicia con toga*, Marisa Iglesias

que las decisiones colectivas sean justas; en otras sociedades o en otros momentos, puede favorecer a minorías elitistas deseosas de mantener el *status quo*. Por lo tanto, la conveniencia de los mecanismos de control judicial de la constitucionalidad depende de circunstancias históricas y contingentes⁷⁵.

Ahora bien, solo en un supuesto la actuación del Poder Judicial es indispensable e independiente de cualquier consideración contingente y contextual: los conflictos de derechos. En estos casos de ningún modo puede sostenerse que se trate de decisiones judiciales que tengan visos contramayoritarios. Su actuación es inevitable: los derechos morales no son derechos absolutos sino derechos *prima facie*, por lo que la posibilidad de conflictos está siempre latente. En suma, respecto del *judicial review* Moreso acentúa su valor instrumental y, por tanto, deben considerarse las circunstancias políticas de que se trate. Empero, su consideración no brinda muchas razones de por qué esto sea así. En particular, como ha aceptado recientemente, su teoría no efectúa un balance adecuado entre el valor intrínseco y el valor instrumental de un procedimiento; presupone, por el contrario, que en la “primacía de la constitución” este último es asegurado de un modo más fiable; pero no así en el control jurisdiccional de constitucionalidad.

Reconocido que un procedimiento cualquiera debe tener en cuenta su valor instrumental y, además, su valor intrínseco, se echa de menos considerar ambas cuestiones para evaluar su corrección y determinar su selección. Para eso debería efectuar un adecuado balance entre ambos valores. Esto nos coloca de lleno en la contribución de Juan Carlos Bayón al primer número de *Discusiones*. A su análisis se dirigen las próximas líneas.

Vila e Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno (Trads.), Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 137/138: “Es perfectamente posible que una nación cuya Constitución escrita limite el poder de las cámaras legislativas asigne la responsabilidad última de la interpretación de la Constitución a instituciones distintas de un tribunal, incluyendo a las propias cámaras legislativas”. Y, más adelante (152), aclara: “Pensar que el concepto de democracia puede dictar que instituciones deberían tener o no la última palabra interpretativa resulta insuficiente. Tal decisión [...] tiene que tomarse conforme a otras razones”.

⁷⁵ Conf. MORESO, J., “Derechos y justicia procesal imperfecta”, p. 38.

Bayón en búsqueda de un (descontextualizado) constitucionalismo débil

Juan Carlos Bayón, en su trabajo “Derechos, democracia y constitución”, defiende una versión mínima de constitucionalismo; concepción que denomina “débil”. Asume que la discusión contemporánea en filosofía política y moral identifica dos rasgos esenciales a la “idea de derechos básicos o fundamentales”: 1. Atrinchera bienes que deben asegurarse incondicionalmente a cada individuo; y, 2. Constituyen “límites infranqueables” al procedimiento democrático. Sin embargo, no son de su interés estos ámbitos normativos sino que le preocupa problematizar su paso posterior: las consecuencias institucionales que se derivarían de la adopción de aquellas posturas abstractas. Para él, en el trayecto desde la teoría moral y política a estos diseños “se agazapan más dificultades de lo que parece”⁷⁶.

Recuerda Bayón que el constitucionalismo posee dos “piezas maestras”: (i) la primacía de una constitución en la que se incluyen derechos y (ii) la competencia de los jueces para declarar la inconstitucionalidad de normas dictadas por el legislador democrático. Ahora bien, la combinación de estos elementos, y la forma de concebirlos, determinan “diseños institucionales muy diversos”. De ahí que es posible encontrar constitucionalismos más o menos robustos, según cómo se acomoden esos elementos. Y la relación con la democracia está estrechamente vinculada a ellos.

A partir de eso, en su intervención, Bayón se propone dos cuestiones. Primero, ofrecer razones democráticas en contra de diversas variantes del “constitucionalismo fuerte”. Sin embargo, no llevará sus conclusiones hasta los extremos. Por eso efectúa fuertes críticas y denuncia inconsistencias en la paradigmática posición de Waldron. Segundo, exponer los elementos característicos del “constitucionalismo débil”. En lo que sigue reconstruiré separadamente los argumentos que brinda para cada uno de estos propósitos.

⁷⁶ BAYON, J., “Democracia, derechos y constitución”, p. 66.

Crítica al constitucionalismo fuerte

Bayón retoma las críticas que Waldron efectuara en contra del constitucionalismo⁷⁷. Aunque, como anticipé, no acepta todas las consecuencias que se siguen de su posición. Pues, si tomamos seriamente esta postura debiéramos concluir que ningún tipo de constitucionalismo está justificado. Sin embargo, acepta un punto nodal en el argumento waldroniano: la regla de la mayoría posee un fuerte valor intrínseco, “una calidad moral, de la que carecería —o al menos no poseería en el mismo grado— cualquier otro procedimiento de decisión colectiva”⁷⁸.

Ahora bien, notablemente el constitucionalismo fuerte sería la negación de ese ideal. Por cuanto “constríne y limita el funcionamiento [de la regla de la mayoría] colocando en cada uno de sus costados otros procedimientos —el de reforma constitucional y el de control jurisdiccional de constitucionalidad—” que, en rigor, dificultan que aquel pueda mantener su valor esencial⁷⁹. En primer lugar, porque la exigencia de mayorías reforzadas no solo que equivale al poder de veto de la minoría —y con ello se asegura y favorece el *status quo*— sino que también atribuye un desigual valor al voto de los partidarios y oponentes de la propuesta. Las mismas razones son extensibles al control jurisdiccional de constitucionalidad a partir de la aceptación de esta premisa. En particular, porque en cuanto “mecanismo estrictamente procedimental”, destinado a fijar los límites a la regla de la mayoría, se aparta “del ideal de la participación en términos de igualdad en la elaboración de las decisiones públicas”. En tanto, los que habrán de tomar una decisión definitiva sobre el alcance de los derechos no serán los propios afectados por la decisión de que se trate, con respeto por el igual valor moral de cada ciudadano, sino que serán ciertos individuos

⁷⁷ Para él, se trata de la crítica más “lúcida y potente” (p. 70).

⁷⁸ BAYON, J., “Democracia, derechos y constitución”, p. 72. También FERRERES COMELLA, V., “El control judicial de constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática”. En: CARBONELL, M. y GARCÍA JARAMILLO, L. (Eds.), *El canon neoconstitucional*, p. 481.

⁷⁹ BAYON, J., “Democracia, derechos y constitución”, p. 72/73.

no representantes del pueblo, ni controlados por él, quienes adoptarán esa decisión.

Distancias de Waldron

Para Waldron ningún modo de constitucionalismo estaría justificado desde un punto de vista democrático⁸⁰. En cuanto, en última instancia, implica la defensa de una regla procedimental y, como tal, debe determinarse aquella que sea más coherente con el valor de igualdad moral que subyace a la regla de la mayoría. Ante esto, Bayón lo coloca en un verdadero dilema. Reconoce que la noción de “procedimiento democrático”, en rigor, hace referencia a una “familia” de procedimientos y que es posible que la decisión sobre cuál de ellos sea el que se habrá de adoptar, se realice “a través de aquél que entre ellos se haya adoptado como regla de decisión en el pasado”. Ahora bien, so pena de no tratarse de un procedimiento cualquier variante debería adoptar un “núcleo mínimo común”,

“Entonces, o bien ese núcleo mínimo es un límite a lo que las mayorías pueden decidir válidamente, o no lo es. Si no lo es, lo que se está propugnando es la versión del procedimiento democrático auto-comprensiva o abierta al cambio: y en ese caso el constitucionalismo quedaría justificado solo con que su implantación se acordase mediante una decisión democrática. Por el contrario, si aquel núcleo mínimo es un límite intangible sustraído a la decisión de la mayoría, la estrategia procedimentalista sí fundamenta el atrincheramiento constitucional de algunos contenidos. Por cualquiera de los dos caminos, en definitiva, la tesis de Waldron sale mal parada⁸¹.”

De modo tal que, según el dilema que construye Bayón, Waldron o es incoherente o contradictorio. Lo primero, pues no podría no aceptar que democráticamente se adopte una versión mínima de consti-

⁸⁰ No obstante, según diré, esta posición ya no es defendida por Waldron. Véase, WALDRON, J., “The core of the case against judicial review”.

⁸¹ Conf. BAYON, J., “Democracia, derechos y constitución”, p. 81.

tucionalismo. Lo segundo, porque si aceptara proteger algunos contenidos para asegurar el procedimiento democrático, existirían cuestiones sustantivas que deberían atrincherarse. Lo mismo ocurriría si la regla de la mayoría fuese “cerrada al cambio” —*i.e.* no puede aceptarse que por mayoría se modifique el propio procedimiento—; es más, para Bayón esta sería la única forma de respetar el valor esencial que se reconoce en el principio de igualdad política. Dado que si ella se considera valiosa no es posible aceptar que se adopte una decisión que la ponga en riesgo. De este modo, si existen razones fuertes en el planteo de Waldron y si, no obstante, algunos de sus postulados son deficientes, es menester un nuevo programa para clarificar las dificultades y mejorar los aspectos propositivos de una teoría respetuosa tanto al valor moral igualitario de la regla de la mayoría como a la necesidad de producir resultados justos.

Hacia un constitucionalismo débil

En este punto, Bayón ofrece su gran contribución al debate sobre las tensiones entre democracia y constitución. Advierte que “la justicia de un procedimiento (del cómo se decide) es distinguible de la justicia de sus productos (del qué se decide)”. De tal modo, es predicable un mayor o menor *valor intrínseco* sobre la justicia de un procedimiento y un mayor o menor *valor instrumental* según la probabilidad de que él arroje resultados (o sus productos sean) justos⁸². Waldron no advertiría esta distinción. Y tampoco, agregaría yo, Moreso. El primero, pone su atención únicamente sobre el mayor *valor intrínseco* de un procedimiento y, así, no considera su valor instrumental en tanto acepta que todos los procedimientos son falibles por definición. El segundo, sobre el mayor *valor instrumental*; en tanto solo tiene en cuenta aquel diseño institucional que favorezca resultados justos. Ahora bien, replica Bayón, que todos los procedimientos sean falibles “no implica que lo sean *en el mismo grado*, es decir, que la probabilidad de generar productos injustos sea la misma para todos [ellos]. Y por tanto al elegir un procedimiento no deberíamos

⁸² BAYON, J., “Democracia, derechos y constitución”, p. 85.

comparar solo sus valores intrínsecos, sino también sus valores instrumentales”⁸³.

Si se acepta esto, existen dos argumentos contra el crítico del constitucionalismo. Por un lado, negar el valor intrínseco que se predica de la “regla de mayoría” —*i.e.* afirmar que no está respaldada por un principio sustantivo incardinado en el valor y trascendencia de la igualdad política—. Por otro, sostener que la elección de un procedimiento no puede hacerse a espaldas de un balance entre su valor intrínseco e instrumental. Bayón rechaza la primera estrategia argumentativa pues, para él, “ningún otro procedimiento asegura la misma capacidad de reacción a la mayoría de los ciudadanos frente a decisiones que desapruueba”⁸⁴. De tal suerte, concluye, si se acepta el ideal moral del coto vedado en procura de la protección de ciertos derechos y, también, se sostuviera que uno de esos derechos es el de “participar en términos igualitarios en la toma de decisiones colectivas”, entonces es necesario hacer un “balance adecuado entre valores procedimentales y sustantivos”. El resultado de ese balance debería ser la instauración de un tipo de diseño institucional al que denomina «constitucionalismo débil»:

Ese diseño admite un núcleo —formulable en forma de reglas— irreformable; reconoce que puede haber ventajas —de tipo instrumental— en que el resto del contenido del coto vedado (solo formulable en forma de principios) alcance expresión constitucional; y respecto al control jurisdiccional de constitucionalidad, puede considerarlo deseable —como mecanismo para incrementar la calidad de la deliberación previa a la toma de decisiones— dependiendo de cuál sea su ensamblaje con el resto de los componentes del sistema: porque en lo que insiste de manera decidida es en evitar que la combinación de aquél con mecanismos de reforma constitucional que exigen gravosas mayorías reforzadas prive a los mecanismos ordinarios de la democracia representativa de la última palabra⁸⁵.

⁸³ BAYON, J., “Democracia, derechos y constitución”, p. 85/86.

⁸⁴ BAYON, J., “Democracia, derechos y constitución”, p. 87.

⁸⁵ Conf. BAYON, J., “Democracia, derechos y constitución”, p. 89. Una defensa

De tal modo, es posible que exista una variante del constitucionalismo que imponga límites sustantivos a la regla de la mayoría y, sin embargo, no la asfixie. Por eso, “quien entienda que ciertas decisiones no deben ser tomadas debe preferir un procedimiento que las excluya, es decir, uno que respecto a esas decisiones no sea falible”. Aunque no implica que deban materializarse constitucionalmente todas las exigencias de justicia. Se trata, por tanto, de un constitucionalismo “muy débil”; en el que “solo una pequeña parte del contenido del coto vedado es la que consigue primacía sobre la legislación ordinaria —aunque, eso sí, resulte inmodificable— y en él no hay lugar para el control jurisdiccional de constitucionalidad”. Esa pequeña parte debe formularse en términos de *reglas*, porque si se desarrolla en forma de *principios* el procedimiento de “determinación” será inevitable⁸⁶.

Una observación interesante sobre este planteo realizó Vilajosana. Para él, que se quiera blindar una determinada disposición a través de una regla no la inmuniza a los problemas propios del lenguaje natural⁸⁷. Y, si esto es cierto, la posición de Bayón solo es una ilusión. De todos modos, no creo que la objeción sea tan seria como se la postula. Es un

semejante, en DE LORA, P., “Justicia constitucional y deferencia al legislador” y “Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortísimo”.

⁸⁶ Para Bayón este “procedimiento de determinación” es inevitable cuando las restricciones sustantivas se formulan en forma de principios. Y, agrega, “[e]sto requiere una advertencia inmediata: muy pocos límites sustantivos pueden ser formulados [a través de reglas]. El problema no es solo el desacuerdo con otros, sino la indeterminación de nuestras propias concepciones acerca del contenido y límites de las restricciones sustantivas que querríamos ver respetadas por cualquier regla de decisión: las formulamos en forma de principios no solo porque a mayor vaguedad mayor posibilidad de aceptación general, sino también porque no sabemos ser más precisos sin correr el riesgo de comprometernos con reglas ante cuya aplicación estricta nosotros mismos retrocederíamos en circunstancias que, sin embargo, no somos capaces de establecer exhaustivamente de antemano”. Conf. BAYON, J., “Democracia, derechos y constitución”, p. 84.

⁸⁷ VILAJOSANA, J. “Precondiciones para el análisis del conflicto entre Tribunal Constitucional y Parlamento”, p. 112.

hecho notorio que el derecho, por más que se formule en términos de reglas, está a merced de los problemas de vaguedad, textura abierta o ambigüedad que le son connaturales. Bayón es consciente de esto y no es un problema que no tuvo en cuenta o menospreció. Ahora, más que una cuestión referida a su propuesta, es un problema del propio medio con el que se comunica el derecho: el lenguaje. Estos problemas son ineliminables. Más allá de eso, debería aceptarse que estos supuestos son menos regulares de lo que se anuncia o, al menos, de los que una crítica fuerte debería presuponer. En todo caso, una variante del constitucionalismo débil podría sostener que en estos casos quien debería eliminar la dificultad no sea el poder judicial. Con respecto al diminuto “coto vedado” no es lo mismo prohibir “castigos crueles e inhumanos” que, derechamente, “la pena de muerte y los azotes”. Sin embargo, con esa objeción también se podría criticar la configuración de las reglas del juego democrático incluidas en el diseño débil en forma de núcleo irreformable. Piénsese en el siguiente ejemplo. Hace un tiempo, en la provincia de Córdoba, Argentina, se discutió el siguiente caso. Existía una dificultad interpretativa sobre cómo debían computarse las mayorías para la designación del Defensor del Pueblo de esa jurisdicción. La constitución vigente únicamente establecía que para el nombramiento debía concurrir el voto de “los dos tercios de la Legislatura”. Obviamente, se trata de un caso claro de una regla. Sin embargo, los problemas referidos a la textura del lenguaje estaban presentes. La discusión consistió en determinar si esa mayoría debía ser calculada sobre la totalidad de los miembros del cuerpo deliberativo o bien sobre los presentes en una sesión convocada al efecto. Según este planteo, se trataría de un problema que Bayón y el constitucionalismo débil no podrían solucionar. En este caso, debería pronunciarse el Poder Judicial a fin de la eliminación de la duda interpretativa. Y como se trata de un límite del lenguaje, el juez propiamente actuaría con discrecionalidad. De este modo, el procedimiento de determinación, aun cuando se formule con reglas relativamente claras, es inevitable. Por eso, la posición de Bayón no pasaría de un deseo imposible. Una visión débil del constitucionalismo, de todos modos, puede salir de la encerrona: en estos casos, en los que incluso existirían problemas de

lenguaje referidos a las reglas constitutivas de la democracia, debería privilegiarse la interpretación que sobre ellas efectúe el Poder Legislativo. No obstante, dado que no es posible arribar a esta conclusión desde esta teoría, para sostenerla deberíamos recurrir al “constitucionalismo popular”. De él me ocuparé más adelante.

Bayón y el abandono de la descontextualización

Con razón ha dicho Moreso que la última contribución a este tema de Juan Carlos Bayón “cierra un debate” iniciado por filósofos del derecho y constitucionalistas en la década del noventa⁸⁸. Ni se equivoca ni exagera la importancia de este trabajo. Tengo para mí que es el mejor artículo en lengua castellana sobre el espinoso problema del constitucionalismo y su relación con la democracia. Nunca antes alguien había desarrollado con semejante *expertise* los problemas inmersos en la discusión. Aborda con maestría todas las cuestiones de teoría constitucional, teoría del derecho, filosofía política y diseño institucional que están presentes por lo que, seguidamente, me ocupare de él.

Recapitulemos, este autor en clave waldroniana criticó sesudamente al constitucionalismo fuerte. Básicamente, porque los arreglos que propicia no tienen en cuenta el mayor *valor intrínseco* de la regla de mayoría. Hecho esto, analiza la postura de quien sentó las premisas de su razonamiento crítico. Sin embargo, como quedó dicho, esta posición se presenta como contradictoria e incoherente por lo que son necesarios algunos retoques. Su conclusión fue la justificación de un diseño institucional que denominó “constitucionalismo débil”; en tanto era el mejor resultado de balancear el *valor instrumental* y el *valor intrínseco* de un procedimiento. Esta defensa era de modo incondicionado —*i.e.* más allá de las circunstancias políticas de que se trate—; se trataba del único diseño justificado democráticamente en tanto hacía más justicia (que

⁸⁸ Para MORESO, J. (*La constitución: modelo para armar*, p. 146), “a partir de ahora quien quiera referirse seriamente a esta cuestión deberá partir de dicho trabajo y, en este sentido, cierra una puerta y abre otra hacia una morada más amplia y luminosa”.

cualquier otro) al balance de razones intrínsecas e instrumentales a considerar en la elección de un determinado procedimiento. Ya no le parece justificado este proceder. Para él si uno acepta que la justificación de un diseño institucional es el resultado del balance recién referido debería aceptar que está sometido a cuestiones que dependen de un análisis “contextual”; esto es, “en diferentes condiciones sociales pueden estar justificados procedimientos de decisión distintos”⁸⁹.

Luego de desarrollar todos los argumentos que se han dado en este intenso debate pretende desterrar dos ideas que, a su criterio, son inaceptables. Primero, la que sostiene que existen solo dos formas institucionales de articular constitucionalismo y democracia —*i.e.* “constitucionalismo fuerte” *vis a vis* soberanía parlamentaria—. Segundo, que la deseabilidad y justificación de un diseño institucional “no es relativa a circunstancias contingentes que puedan variar de una comunidad a otra”⁹⁰.

En cuanto a lo primero, para él existen en la actualidad sistemas políticos que, sin asumir ninguno de los extremos mencionados, se articulan en condiciones tales que si bien dejan la última palabra sobre “la mayoría parlamentaria ordinaria” establecen arreglos que los alejan del llamado modelo de *Westminster*. Invoca, para esto, casos representativos del “constitucionalismo débil” que defendió en *Discusiones*: el sistema canadiense y su clausula *notwithstanding*, el Tribunal Constitucional de Nueva Zelanda que puede emitir declaraciones de incompatibilidad de una ley sin invalidarla ni inaplicarla o Australia con una constitución rígida que no incluye declaración de derechos. Entonces, la presuposición extendida de que las alternativas institucionales son diádicas sería falsa. Se deduce de esto que el constitucionalismo débil tiene expresión institucional y que, por tanto, su funcionamiento correcto debería ser analizado en función de cada uno de los casos en que se presenta.

⁸⁹ Conf. BAYON, J., “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, p. 450. A esta estrategia la llama “planteamiento rawlsiano”. Aunque reconoce (p. 453, n. 117) que Rawls no mantuvo sin matizaciones esta última postura después de *Teoría de la Justicia*.

⁹⁰ BAYON, J., “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, p. 472.

En segundo lugar, matiza su posición anterior e insiste en que si acepta que la justificación de un diseño institucional depende de balancear su *valor intrínseco* y su *valor instrumental*, debería admitirse que el diseño preferible para una comunidad es una cuestión dependiente del contexto —*i.e.* relativa a variables de cultura política—. Por eso, “para diferentes condiciones sociales habrá que considerar justificados procedimientos distintos”⁹¹. Empero, si la participación democrática en la toma de decisiones públicas es intrínsecamente valiosa todo mecanismo contramayoritario es *prima facie* disvalioso; y, por tanto, necesita una justificación adicional. Empero, no implica que en modo alguno no pueda brindarse. En efecto, podrían ofrecerse un conjunto de razones adecuadas siempre y cuando esos mecanismos aseguren un valor instrumental en un grado suficiente como para “compensar su [escaso] valor intrínseco”⁹². Subyace a esta manera de ver el problema que,

aunque el conflicto entre el valor intrínseco y el valor instrumental de un procedimiento es siempre posible, las circunstancias sociales en las que el procedimiento mayoritario realiza en mayor medida su valor intrínseco tienden a coincidir con aquellas en las que menos reticencias hay que tener en relación con su valor instrumental, con aquellas, en suma, en que son más escasas las razones para presuponer que, en comparación con él, desplegará sistemáticamente un mayor valor instrumental un procedimiento que incorpore restricciones contramayoritarias⁹³.

Ahora, la función de los jueces constitucionales en el constitucionalismo débil no es menor. Si bien carecerían de competencia para resolver de modo definitivo cuestiones controvertidas de moralidad política pueden, todavía, tener una función bien trascendente. En efecto,

⁹¹ BAYON, J., “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, p. 473.

⁹² BAYON, J., “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, p. 453.

⁹³ Conf. BAYON, J., “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, p. 475. La coincidencia de esta posición con los aspectos propositivos de la teoría de Gargarella son notables.

debieran ser vistos como promotores de un diálogo institucional de alta calidad. El poder judicial, en palabras de Bayón, sería el encargado de abrir “una forma de diálogo institucional que aumente la calidad deliberativa de los procesos de decisión, no, por tanto, imponiendo al legislador ordinario sus puntos de vista acerca de cuestiones relativas a la concepción de los derechos sobre las que existen desacuerdos razonables, sino haciendo ver a la mayoría el peso de razones o puntos de vista que no ha sabido tomar en cuenta, o contradicciones y puntos débiles en la fundamentación de sus decisiones, forzándola de ese modo a reconsiderarlas, pero no necesariamente a abandonarlas”⁹⁴. Se trata esta, es cierto, de una posición mucho menor de la que dibuja para los jueces constitucionales el “constitucionalismo fuerte”, no obstante, se trata de la mejor forma de balancear el mayor *valor instrumental* del *judicial review* con su menor *valor intrínseco*; en tanto procedimiento conspicuamente contramayoritario. Y, para esto, nada mejor que pensar en el poder judicial como un facilitador del diálogo institucional y de aumentar la calidad de las razones presentes en el mismo.

Su estrategia puede ser cuestionada desde dos puntos de vista. Por un lado, podría objetarse su metodología —*i.e.* la promoción de un balance entre el valor intrínseco e instrumental de un procedimiento según consideraciones contextuales—. La objeción resaltaría que la propuesta es una solución meramente de “compromiso”: no advierte que la cuestión es normativa —*i.e.* se relaciona con cuestiones de legitimidad política— y que, por tanto, debe resolverse en el nivel más abstracto de justificación. De este modo, si los principios coherentes —en ese grado

⁹⁴ BAYON, J., “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, p. 475. Moreso recuerda que él defendió la “dependencia contextual” del problema del *judicial review*. Como se vio, en *Discusiones* la defensa de este arreglo dependía de consideraciones contingentes y estratégicas relativas a si era un instrumento adecuado para asegurar los derechos; para producir resultados justos. Sin embargo, y reconoce la crítica de Bayón, no evaluó la necesidad balancear el valor intrínseco e instrumental de un procedimiento. Solo tuvo en cuenta este último, como ya dije antes. De todos modos, aun, considera que la “primacía de la constitución” puede ser defendida en términos incondicionales. Y no como, por el contrario, sostiene Bayón. Conf. MORESO, J., *La constitución: modelo para armar*, p. 31.

de abstracción— con nuestras intuiciones morales —y compromisos democráticos— determinan que el resultado de aquel balance es la no justificación de variantes del constitucionalismo fuerte, entonces, solo el constitucionalismo débil estaría justificado. Más allá de circunstancias contingentes relacionadas con cuestiones de cultura política. En suma, el primer Bayón tenía razón; no el segundo. Cualquier resultado de ese balance que no coincida con el constitucionalismo débil implicaría suplantarse el principio subyacente referido al valor moral de la igualdad política. Vale decir, no es cierto que, por ejemplo, si se concluyera que para una comunidad política es deseable un sistema constitucional rígido es esta una conclusión impuesta por consideraciones contextuales de cultura política. Al contrario, esta implicación es una consecuencia de que el principio normativo identificado como valioso fue modificado. No obstante, tengo la impresión que la estrategia de Bayón tiende a efectuar una adecuada vinculación entre teorías ideales y no ideales. Las teorías ideales son aquellas que “ofrecen una guía para el diseño institucional y la actuación de las personas en condiciones ideales”. Las teorías no ideales, al contrario, tendrían en cuenta contingencias históricas y sociales⁹⁵. Subyace en su postura que las teorías ideales tienen sentido en el nivel más abstracto de justificación; pero no cuando se trata de proponer diseños institucionales concretos. En efecto, solo teorías no ideales podrían dar cuenta del problema que acarrea el diseño de instituciones estables y coherentes con principios normativos pero adecuados a una arraigada cultura política. De no tenerse en cuenta esta distinción podría ocurrir que las propuestas institucionales sean vistas como “ideas fuera de lugar” —sin tener en cuenta los condicionamientos contextuales de su ejecución—, de imposible concreción práctica o que —sin quererlo— socaven los propios principios que se quiere asegurar por un deficiente encaje con el entorno cultural y político. Si todo esto es cierto, la objeción metodológica se basa en una presuposición errónea: las teorías ideales podrían determinar diseños institucionales para sociedades concretas. En resumen, Bayón cuestiona esta conclusión porque para él, cuando se trata de arreglos institu-

⁹⁵ Conf. VILAJOSANA, J. “Precondiciones para el análisis del conflicto entre Tribunal Constitucional y Parlamento”, p. 94/95.

cionales, no puede hacérselo desvinculado de cuestiones de cultura política en las que la propuesta institucional habrá de acomodarse. Por otro lado, podría criticarse que su propuesta se apoya en una hipótesis no justificada: los dos valores a ponderar poseen el mismo valor y, por tanto, son conmensurables de acuerdo a contingencias políticas. Esto, sin embargo, no es para nada claro. Podría pensarse, pues, que no está justificado que el *valor instrumental* de un procedimiento tenga el mismo peso que su aspecto *intrínseco*. Por el contrario, este último tiene mayor peso en todas las circunstancias. La posibilidad obtener resultados justos a través de él no deja de ser una conjetura. Entonces, debería prestarse atención única y exclusivamente al aspecto intrínseco. No obstante, podrían existir casos patológicos de instituciones que funcionan de modo tal que tienen una predisposición a la obtención de resultados absolutamente justos. Ahora, para aceptar esto, deberíamos comprometernos con alguna especie de objetivismo moral que, por otro lado, es cuestionable por sus propios fundamentos. Además, en el terreno empírico, debíamos pensar que el desacuerdo sobre cuestiones morales controvertidas no existe. Esto parece poco plausible para una teoría que pretende efectuar una opción de compromiso entre teorías ideales y no ideales. También, podría cuestionársele que presume que no habría desacuerdos a la hora de adscribir valores al procedimiento. Esto es, es posible que existan desacuerdos sobre el correcto valor, ya sea instrumental o intrínseco, que a predicar de un procedimiento. Si deben ser balanceados es porque pueden ser medidos y, en virtud de esto, deberíamos pensar que se trata de una cuestión graduable. Imaginemos que asignamos valores del 1 al 5 para determinar el peso de cada uno de estos valores; no es para nada claro por qué no existirían desacuerdos sobre su cuantificación precisa y, por tanto, debíamos seleccionar un metaprocedimiento para efectuar el balance al que nos invita Bayón. Y, si este fuera el caso, se originarán los mismos problemas que se quiso evitar.

Moreso objetó, desde otra perspectiva, este argumento. Para él, aun si acepta que el procedimiento democrático tiene un mayor valor intrínseco debe reconocerse que una decisión democrática tomada por personas en condiciones de igual libertad “es mucho mayor que el valor

de una decisión democrática tomada en condiciones de inmensas desigualdades”. Si esto es así, debería reconocerse que solo es posible aumentar ese valor satisfaciendo el resto de los derechos básicos a los que se refieren las declaraciones de derechos. Entonces, solo estaría justificado un diseño institucional que les conceda a ellos la primacía que el constitucionalismo fuerte les otorga⁹⁶. Ahora, esto presupone una concepción sustantiva de la democracia y de los derechos. Sin embargo, es posible adoptar —como creo que hace Bayón— una concepción *procedimental y deliberativa* que solo se comprometa con los que determinan que un sistema político pueda ser calificado como democrático —*i.e.* los esenciales para adscribir valor democrático a una decisión—. Más allá de lo cual habrá de exigir que, para tratar a los individuos como iguales, se ofrezcan razones sobre los puntos de vista de que se trate. La preocupación central de Bayón es salvaguardar los derechos necesarios “para que un sistema político se pueda calificar como democrático” y estos “son solo una parte de los que debería respetar un sistema político globalmente justo”⁹⁷. Vale decir, distingue las condiciones necesarias para predicar que un sistema es justo de aquellas relevantes para asignarle valor a la democracia. Es este último aspecto el que es de interés para una concepción deliberativa de la democracia, no el primero.

El planteo contextualizante se asemeja mucho a la posición del último Waldron. Recientemente distinguió entre un control de constitucionalidad fuerte (*strong judicial review*) y otro débil (*weak judicial review*). Aclara que es contra el primero que dirige sus críticas. Caracteriza a un diseño de este tipo que el poder judicial puede: 1. Negarse a aplicar una ley en un caso o modificar sus efectos para que se ajuste a ciertos derechos que podrían verse comprometidos⁹⁸;

⁹⁶ MORESO, J., *La constitución: modelo para armar*, p. 147.

⁹⁷ BAYON, J. (2010:426)

⁹⁸ Conf. WALDRON, J., “The core of the case against judicial review”, p. 1354. Por contraste el *weak judicial review* se caracteriza porque los jueces pueden examinar la conformidad de una ley con ciertos derechos individuales pero lo que no pueden hacer es negarse a aplicarla simplemente porque de otra manera ellos podrían ser violados.

2. Declarar la inconstitucionalidad de una ley por ser violatoria de derechos del mismo modo que puede hacerlo con respecto a asuntos referidos a la separación de poderes y al federalismo (*rights oriented judicial review*)⁹⁹; 3. Ejercerlo *a posteriori* en el contexto de un proceso legal particular —*i.e.* después de que la legislación fue promulgada—¹⁰⁰; y, 4. La lleva a cabo un poder judicial ordinario¹⁰¹. Ahora bien, para comprender la objeción democrática debe tenerse en cuenta que es contra esta noción que el demócrata debe dirigir sus diatribas. Por eso, rechaza que sea extensible a casos (*no core cases*) caracterizados por una situación institucional básicamente deficitaria. Es esto lo que lo ubica en una objeción condicional y contextual. Para aclarar sus argumentos, identifica cuatro condiciones a cumplir por una sociedad hipotética para que la objeción tenga sentido: 1. Las instituciones democráticas funcionan razonablemente bien, incluyendo una legislatura representativa elegida a base del sufragio universal; 2. Las instituciones judiciales, que funcionan razonablemente bien, son creadas sobre una base no representativa para atender demandas individuales, resolver disputas y defender el *rule of law*; 3. El compromiso por parte de la mayoría de los ciudadanos (y sus funcionarios) con los derechos individuales y de las minorías; y, por último, 4. Un desacuerdo entre los miembros de la sociedad, persistente y de buena fe, sobre el alcance y contenido de los derechos individuales¹⁰². Las consecuencias institucionales sobre las sociedades en las que estén presentes estas condiciones son importantes: los desacuerdos no deberían ser resueltos por los tribunales; al contrario, la legislatura es el escenario adecuado para su resolución. En sus propias palabras: “*If these assumptions hold, the case for consigning such disagreements to judicial tribunals for final settlement is weak and unconvincing, and there is no need for decisions about rights made by legislatures to be second-guessed by courts*”¹⁰³. Sin embargo, cuando

⁹⁹ Conf. WALDRON, J., “The core of the case against judicial review”, p. 1357/8.

¹⁰⁰ Conf. WALDRON, J., “The core of the case against judicial review”, p. 1358/9.

¹⁰¹ Conf. WALDRON, J., “The core of the case against judicial review”, p. 1359.

¹⁰² Conf. WALDRON, J., “The core of the case against judicial review”, p. 1360.

¹⁰³ Conf. WALDRON, J., “The core of the case against judicial review”, p. 1360.

aquellas condiciones fallen existe un espacio para la intervención judicial; de modo que los derechos sean tomados seriamente. En particular, para proteger minorías *discrete and insular*¹⁰⁴; pues podría darse que necesiten un cuidado especial que las instituciones con base electoral no les brinden adecuadamente para proteger sus derechos, reparar fallas del sistema político y facilitar su representación¹⁰⁵. Esta intervención depende, también, de cómo esté estructurado el poder judicial. En caso en que, al igual que la legislatura, no pueda cumplir con la asunción 2. no se justificaría el *judicial review*.

En suma, según el “segundo” Waldron no existiría una objeción generalizada e incondicionada al control de constitucionalidad. Por el contrario, está condicionada, en particular, a que las legislaturas no funcionen correctamente para proteger derechos. De este modo matizaría sus planteos anteriores. Insiste en que la objeción debe pensarse para el mundo real; y en el mundo real las legislaturas pueden fallar. Es en ese caso en que no estarían preparadas para proteger derechos. Y, por tanto, se trataría de un caso que merecería atención por parte del poder judicial. El punto es que los desacuerdos sobre el contenido y el alcance de los derechos, por lo general, no solo que son inerradicables sino que son, también, de buena fe. Las razones a las que debiéramos recurrir al evaluar un procedimiento para la solución de los desacuerdos en materia de derechos, según él, serían dos¹⁰⁶. Por un lado, aquellas orientadas a los resultados (*outcome related reasons*) y, por otro, las relacionadas al procedimiento (*process related reasons*). Estas últimas, se apoyan en que una persona participe en la toma de decisiones que le conciernen independientemente de cuáles sean los resultados esperados por esa participación. En tanto las primeras se vinculan con las razones

¹⁰⁴ Conf. “United States vs. Carolane Products Co.”, 304 U.S. 144, 152-153, n. 4 (1938) [*Justice Stone*]. Reclama cautela al analizar el carácter de estas minorías, pues no cualquiera merecería un tratamiento especial, WALDRON, J., “The core of the case against judicial review”, p. 1403.

¹⁰⁵ Esto recuerda la “teoría del refuerzo de la representación”. Conf. ELY, J. *Democracia y desconfianza. Una teoría del control de constitucionalidad*, Magdalena Holguín (Trad.), Bogotá: Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores, 1997.

¹⁰⁶ WALDRON, J., “The core of the case against judicial review”, p. 1372.

para el diseño de un procedimiento de decisión que pretende asegurar resultados justos. Las cuestiones que hacen a cada uno de estos supuestos deben efectuarse según las circunstancias políticas de una determinada comunidad. De todos modos, podríamos interrogarnos si la teoría no es *ad hoc*, si lo único que nos dice es que en Estados Unidos el *judicial review* carecería justificación. Pues lo que Waldron considera un caso (casi) patológico no lo es en el mundo real al que él quiere referirse. Es más, ciertas disfuncionalidades de los Parlamentos reales, les son consustanciales —*i.e.* situaciones extendidas de lobby, de negociaciones entre legisladores que trocan votos por favores políticos para sus representados—, entonces, asunciones tan exigentes parecería que son menos corrientes en el mundo real que lo que una primera mirada podría pensar. De este modo, la dificultad contramayoritaria solo sería, quizás, una objeción para Estados Unidos y el Reino Unido.

Esta posición, no solo semánticamente, es muy semejante a la propuesta de Bayón. Recuérdese que este autor objetó al constitucionalismo fuerte, pero no consideró que fuese imposible justificar algún tipo mínimo de él¹⁰⁷. Luego, defendió que esta conclusión era relativa a las circunstancias políticas de un determinado país.

Si algo queda claro a partir de este viraje es que la discusión sobre las relaciones entre constitucionalismo y democracia cambió. De lo que se trata, ahora, no es de cuestionar democráticamente al constitucionalismo o al *judicial review* o proponer su supresión. Por el contrario, la discusión actual intenta ofrecer soluciones institucionales que, ya no en el nivel abstracto de justificación sino en el más concreto del diseño institucional, balanceen adecuadamente los valores a los que Bayón se refirió tan convincentemente. Y esta mutación es más clara en Roberto Gargarella y el “constitucionalismo popular”; como veremos a continuación.

¹⁰⁷ Existe, eso sí, un profundo desacuerdo con respecto al caso de Canadá. Para Bayón este es un supuesto de “constitucionalismo débil”. Mientras que para WALDRON, J. (“The core of the case against judicial review”, p. 1356) se trata de un caso de *strong judicial review*, porque aun cuando la famosa “cláusula *notwithstanding*” intentaría atemperar los rasgos fuertes del sistema no es usada frecuentemente.

Gargarella, el precompromiso y el constitucionalismo popular. En búsqueda de intervenciones dialógicas del poder judicial.

Roberto Gargarella, en su contribución “Los jueces frente al ‘coto vedado’”, se ocupa básicamente de dos cuestiones. Por un lado, los déficits del “precompromiso” para justificar la existencia de un “coto vedado”. Y, por otro, la justificación del control de constitucionalidad. En referencia a lo primero, se extiende sobre dos problemas, ya vistos, el de la “identidad” y el de la “pluralidad de los miembros”. Luego, objeta la justificación instrumental del constitucionalismo basado en su potencialidad para obtener resultados justos y que, además, asegure -efectivamente- la racionalidad. Para Gargarella, si se debe adoptar una constitución que incluya una lista muy abstracta de derechos y, al mismo tiempo, si esto es deseable porque favorece una discusión permanente sobre su significado, no es coherente, luego, proponer que se aislen de las decisiones de la política ordinaria. Dado que sería en este ámbito donde debería situarse esa continua deliberación. Es que, para él, si justificamos la democracia como un sistema que promueve la discusión pública, existen buenas razones para limitar el rol de los jueces en el ejercicio del control de constitucionalidad¹⁰⁸.

De tal modo, en su argumentación, existe un llamado de atención sobre qué cuestiones deberían tener competencias los jueces y sobre cómo debieran usarse. Es así que entiende que “pueden contribuir enormemente a la discusión colectiva, por ejemplo, señalándonos hechos y razones que hemos dejado de lado en nuestros debates”. Lo fundamental, entonces, es que deberían servir como percutor de un debate constitucional e institucional lo más abierto posible. Aunque, sin embargo, no deberían estar habilitados para dar por terminada esa deliberación según sus propios puntos de vista; porque, por ejemplo, no “deben decirnos si, en definitiva, tenemos o no el derecho al aborto”¹⁰⁹. El disenso, me parece, es sobre cómo interpretar que *la constitución no es*

¹⁰⁸ GARGARELLA, R., “Los jueces frente al ‘coto vedado’”, p. 61.

¹⁰⁹ Aquí se advierten las similitudes señaladas con los planteos de Bayón.

lo que los jueces dicen que es; sino que, según Rawls, “it is what the people acting constitutionally through the other branches eventually allow the Court to say it is”¹¹⁰. Para Gargarella la ciudadanía debe tener un mayor control sobre la constitución que el poco espacio que, en definitiva y pese a la fuerza retórica de las palabras empleadas, estaría dispuesto a asumir Moreso.

En la actualidad, Gargarella defendería una variante del llamado “constitucionalismo popular”¹¹¹. Bajo este rótulo, comúnmente, se incluyen una serie de autores que, en rigor, además de un programa académico abrazan un ideal político; situar el texto constitucional en manos del pueblo. Advierten que éste ha sido colonizado por ciertos expertos: por jueces constitucionales y esto, denuncian, es insoportable. Por eso, pretenden quitar la interpretación última de la constitución de manos de la judicatura¹¹². Para ellos, básicamente, el derecho constitucional es una especie particular de derecho político, un *political law*. Las bases sobre las que este movimiento se asienta, según este autor, son las siguientes:¹¹³ 1. Un desafío a la supremacía judicial; 2. Reprochan cierta “sensibilidad antipopular” en el mundo académico (aun) progresista; 3. Defienden una interpretación constitucional “extrajudicial”; 4. Realizan una lectura crítica sobre los efectos del

¹¹⁰ Citado por MORESO, J., “Derechos y justicia procesal imperfecta”, p. 45. En la versión castellana: “La constitución no es lo que el tribunal supremo dice que es. Es, antes bien, lo que el pueblo, actuando constitucionalmente a través de las otras ramas, permite eventualmente al tribunal supremo decir que es”. Conf. RAWLS, J., *Liberalismo político*, Antoni Domènech (Trad.), Barcelona: Crítica, 2004, p. 273. La opinión de Gargarella sobre la visión constitucional de Rawls en, GARGARELLA, R., “El constitucionalismo según John Rawls”. En: AMOR, C. (Comp.), *Rawls post Rawls*”, Buenos Aires: UNQ, 2006.

¹¹¹ Comparte este juicio, MORESO, J. *La constitución: modelo para armar*, p. 30, n. 25.

¹¹² Conf. TUSHNET, M., *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton: Princeton University Press, 1999. La visión de este autor, en rigor, es más extrema que la de sus colegas; derechamente pretende que el poder judicial no ejerza control de constitucionalidad alguno.

¹¹³ Conf. GARGARELLA, R., “Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes. El ‘constitucionalismo popular’ frente a la teoría de Nino”. En: CARBONELL, M. y GARCIA JARAMILLO, L., *El canon neoconstitucional*.

control de constitucionalidad basada en estudios empíricos que demostrarían la ineficacia del Poder Judicial para proteger los derechos más básicos¹¹⁴; 5. La posibilidad de generación de derecho por fuera del derecho; 6. Impulsan, en fin, una mayor participación popular en las estructuras políticas y económicas como modo de asegurar una mejor democracia. Interesa para este movimiento recuperar el rol central de la mayoría en una democracia constitucional. De ahí que piense que se ha sobredimensionado la posición de las minorías en el ámbito político, lo que opaca legítimas pretensiones democráticas y mayoritarias¹¹⁵. Es así

¹¹⁴ Acentúan que el poder judicial en muchos casos se coloca notablemente cerca de los poderes políticos; de ahí que carecería de la autonomía e independencia que idealizan sus defensores. Conf. GARGARELLA, R., “Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes. El ‘constitucionalismo popular’ frente a la teoría de Nino”, p. 540. Barry Friedman investigó este punto con cierto detalle a partir de lo cual defiende lo que llama el “constitucionalismo popular mediado”. Según él existiría una frecuente coincidencia entre las decisiones judiciales y la interpretación constitucional efectuada por los poderes más políticos de la Constitución. Esto demostraría una estrecha relación entre la opinión popular y el control judicial. Su punto es que, no obstante, el constitucionalismo popular está mediado por jueces no electos, ciudadanos poco informados y representantes que tienen la disposición de actuar como “manda” la ciudadanía, o no. Conf. FRIEDMAN, B., “Constitucionalismo popular mediado”, Margarita Maxit (Trad.), *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 2005, Año 6, 1, p. 123-160. Sobre esto, GARGARELLA, R., “Acerca de Barry Friedman y el ‘constitucionalismo popular mediado’”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 2005, Año 6, 1, p. 161-167. Este autor objeta los aspectos normativos y descriptivos de la propuesta de Friedman. En relación a lo primero, critica su versión del constitucionalismo popular; para él es posible otra reconstrucción que ni propugne ni acepte las cuestiones que aquel le hace decir. Por eso, reinterpreta el movimiento como que objeta la inexistencia de mecanismos institucionales que le permitan a la ciudadanía asegurar un lugar central en la interpretación constitucional. Lo segundo, porque las “opiniones” de la ciudadanía que recoge, como representativas de la coincidencia entre las preferencias mayoritarias y las decisiones judiciales, son “endógenas” a un sistema institucional que produce y reproduce instituciones que excluyen voces ciudadanas del centro del debate colectivo constitucional.

¹¹⁵ PARKER, R., 2011. Este autor pone especial énfasis en la existencia de una “energía política” antipopulista, una sensibilidad antipopulista, en la academia constitucional de los Estados Unidos.

que denuncian la incomodidad con las mayorías, elitismo que distingue a la reflexión jurídica contemporánea y la insistente preocupación por el análisis de las decisiones constitucionales del poder judicial¹¹⁶.

Uno de los autores que está en el centro de este debate, y que defiende este modelo, es Larry Kramer con su libro *The people themselves. Popular constitutionalism and judicial review*. En este texto efectuó una esmerada reconstrucción histórica de los Estados Unidos en clave mayoritaria¹¹⁷. La finalidad del texto es demostrar que la posición institucional que ostentan los jueces en la actualidad no es una derivación necesaria de los fundamentos constitucionales de su país. En efecto, el poco espacio asignado a las mayorías en la política democrática no es tanto una consecuencia del desarrollo de una práctica incuestionada que siempre tuvo esa finalidad, sino un claro apartamiento de sus orígenes. Convalidando esta desviación se olvidaría algo que, en los comienzos de la República, se tuvo bien en claro: el derecho constitucional no es derecho ordinario. Antes bien, se trata de un tipo especial de norma fundamental; de un “derecho político”¹¹⁸. Para aclarar su punto plantea una distinción pasada por alto en algunos discursos críticos del constitucionalismo fuerte. Según él debería disociarse la noción de *judicial review* de la supremacía judicial. Este es el primer elemento conceptual con el que trabajan estos autores. Para ellos no puede colapsarse el ejercicio del control de constitucionalidad en manos del Poder Judicial con la noción —más conflictiva e incluso intolerable— que supone que deben ser ellos quienes, en última instancia, determinen las indefiniciones semánticas del texto constitucional con autoridad última. Esto es importante porque desvincula, en palabras de Gargarella, la “capacidad de los jueces de revisar la constitucionalidad de las normas y, eventualmente, declararlas

¹¹⁶ GARGARELLA, R., “El nacimiento del constitucionalismo popular”. En: GARGARELLA, R. (Coord.) *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, Tomo I, “Democracia”, p. 249.

¹¹⁷ KRAMER, L., *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, Paola Bergallo (Trad.), Madrid: Marcial Pons, 2011.

¹¹⁸ Según Tushnet, se trata de un “distinctive or special kind of law. I call that kind of law political law”. Conf. TUSHNET, M., “Popular constitutionalism as political law”, *Chicago-Kent Law Review*, 81, 2006, p. 991.

inválidas” de que tengan el carácter de “‘últimos intérpretes` de la Constitución”¹¹⁹. Creo que es una idea atractiva y que posee credenciales suficientes para desechar reproches que se merecerían posiciones que, sin más, reniegan de la propia noción de “control de constitucionalidad”. Es que si el poder judicial es uno de los poderes del Estado y, además, si se admite que debe interpretar la constitución para resolver casos, “algo” sobre “cuestiones constitucionales” debiera decir. Aún para un demócrata. De lo contrario, pareciera que se le exigiría un específico silencio constitucional. No se trata, entonces, de cuestiones equivalentes. No es lo mismo objetar que el poder judicial tenga alguna voz en la discusión constitucional que reprocharle que la suya sea la última a escuchar en términos institucionales. A decir verdad, esta es una discusión que se da en el seno del propio movimiento del “constitucionalismo popular”. Mark Tushnet, por ejemplo, un notable y franco objetor del control de constitucionalidad pretende que, en definitiva, la Corte Suprema no tenga ninguna voz constitucional. Otros autores, como Post y Siegel, objetan incluso las diatribas en contra de la “supremacía judicial”. Para ellos es posible que en algunos casos sea indispensable para asegurar el *rule of law*; para el funcionamiento de la democracia¹²⁰. De este modo, sería posible cierta hermandad entre “constitucionalismo popular” y “supremacía judicial”. Para ellos, por tanto, no es cierto que sea una cuestión disyuntiva para un pueblo democrático. Por eso, entienden que uno de los defectos de la teoría de Kramer, justamente, sea no alcanzar a ver la vital interdependencia que pueden tener. Volveré sobre esto más adelante.

Es con este arsenal que Kramer afirma, por ejemplo, “el constitucionalismo popular jamás negó a los tribunales el poder del control de constitucionalidad: negó solo que los jueces tuvieran la última palabra”¹²¹. Subyace a todo este planteo una fuerte confianza en los

¹¹⁹ GARGARELLA, R., “El nacimiento del constitucionalismo popular”, p. 250. Resalta que para Kramer, a partir de John Marshall en el famoso caso “Marbury v. Madison”, ambas cuestiones colapsan. Pero si de algo se ocupa con maestría Kramer es de resaltar que no era la posición de importantes políticos de la época.

¹²⁰ POST, R. & SIEGEL, R., “Popular constitutionalism, departmentalism, and judicial supremacy”, *California Law Review*, 92, 2004, p. 1029.

¹²¹ KRAMER, L., *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, p. 259.

designios mayoritarios. Y, recíprocamente, el rechazo a ciertas concepciones que desconfían en el poder de las mayorías. Esto puede advertirse en el epígrafe que acompaña su texto: “Quién es el mejor custodio de las libertades del pueblo”, se habría preguntado James Madison, la respuesta depende de qué concepción política se abraza: “Un republicano. El pueblo mismo [...] Un antirrepublicano. El pueblo es estúpido, desconfiado, indisciplinado. No puede confiar con seguridad en sí mismo. Una vez que ha establecido un gobierno no debería pensar en nada más que la obediencia, dejando el cuidado de sus libertades a sus gobernantes, que son más sabios”.

Esto se vincula con una visión *departamentalista* de la interpretación constitucional. Según la cual todas las ramas de los poderes constitucionales están en paridad de condiciones para interpretar la Constitución y, por eso, tendrían una autoridad coordinada e independiente¹²². Aun en casos de conflicto constitucional no es posible predicar preeminencia de algún poder sobre otro. En todo caso, el poder supremo es del “pueblo mismo” quien debería tener “un rol central y crucial para la implementación de su constitución”¹²³. De lo que se trata, en verdad, es de propiciar una intelección que arroje a cada una de las ramas del gobierno como vinculadas a la voluntad del pueblo. De ahí que se postule una interpretación extrajudicial de la Constitución.

Ahora bien, esto es particularmente problemático. Adviértase que las interpretaciones de los tribunales de justicia son desarrolladas en el marco de un proceso judicial y al momento de resolver casos individuales. No se entiende, entonces, cómo sería posible que “el pueblo mismo” tenga la última palabra interpretativa si los jueces resuelven y se pronuncian en casos individuales; porque parecería que ambas cuestiones no pueden sostenerse al mismo tiempo. De ahí que cabría interrogarse si el constitucionalismo popular afirma algo imposible conceptualmente o hace una mera afirmación retórica sin

¹²² Conf. POST, R. & SIEGEL, R., “Popular constitutionalism, departmentalism, and judicial supremacy”, p. 1031.

¹²³ Kramer se refiere en varias oportunidades al “derecho del pueblo de decidir sobre el significado de la Constitución”. Conf. KRAMER, L., *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, p. 269.

sustento institucional. No puede analizarse esto sin considerar la teoría interpretativa que presupone y el sistema de control de que se trate; siempre y cuando no intente desnaturalizar las funciones del Congreso y el principio de separación de poderes¹²⁴. Entonces, ¿el constitucionalismo popular exige que sea el pueblo mismo quien defina un caso de vaguedad o ambigüedad?¹²⁵ ¿El pueblo mismo debe resolver los casos de conflictos de derechos? A esto se adiciona un problema mayúsculo: si todas las ramas del gobierno interpretan la constitución —algo no controvertible— y todas poseen la misma autoridad interpretativa, ¿qué ocurriría si esas interpretaciones son divergentes? Además, careceríamos de un criterio claro para distinguir cuándo estamos en presencia de un caso de desobediencia de una decisión autoritativa y cuándo ante un supuesto de interpretaciones opuestas, pero tolerables. Y si a esto le agregamos que, en definitiva, la última palabra debe recaer en el pueblo mismo parecería que se nos invita a convocar a elecciones para resolver la disputa. Sin embargo, el argumento se vuelve circular. De ahí que, según Post y Siegel, Kramer se coloca entre los cuernos de un dilema. Si él sostiene que las decisiones de la Corte no son finales, y que el Presidente entonces no está obligado a hacer que se cumplan, él puede efectivamente socavar la protección constitucional de los derechos. Pero si cree que una decisión de la Corte debe ser obedecida, él reconoce que las interpretaciones que ella haga deben ser definitivas con respecto a las partes de un caso. A su criterio: “*as Kramer has framed the problem, he has sustained judicial supremacy by subordinating the people’s understanding of the Constitution to the Court’s*”¹²⁶.

¹²⁴ Sobre esto, ORUNESU, C., *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, p. 204.

¹²⁵ Conf. ALEXANDER, L. & SOLUM, L., “Popular? Constitutionalism?”, *Harvard Law Review*, 118, 2005, p. 1603. Estos autores se interrogan si lo que Kramer dice es que el pueblo debe tener autoridad para resolver supuestos de ambigüedad o proveer construcciones suplementarias cuando el lenguaje constitucional es vago; el pueblo debe tener la autoridad de modificar, suspender o ignorar la Constitución en el momento en que lo desee; se refiere a supuestos de interpretación, revisión constitucional o a ambos.

¹²⁶ POST, R. & SIEGEL, R., “Popular constitutionalism, departmentalism, and judicial supremacy”, p. 1034.

Es posible identificar una justificación implícita en esta posición. Las normas constitucionales que expresan normas generales, abstractas y estándares vagos representan ideales nacionales y sobre ellos, como es obvio, existen interpretaciones controvertidas y en conflicto. Ahora, si se rechaza la autoridad que invocan para el pueblo es probable que estemos ante su probable alienación al sucumbir ante el poder de jueces constitucionales. Y, todo esto, en desmedro de la legitimidad de la Constitución porque se pierde identificación con ella y la imposibilidad de considerar que es, en algún sentido relevante, “nuestra constitución”¹²⁷.

Según se recordará, uno de los problemas derivados de la justificación del control de constitucionalidad es el grado de deferencia exigible a los jueces constitucionales respecto del Poder Legislativo. En la versión de Kramer, el constitucionalismo popular habría identificado el término justo para ello. Según él en la época del *New Deal* se definió un acuerdo sobre la forma de efectuar ese control. En virtud del cual, debían distinguirse las cuestiones constitucionales relacionadas con la definición de los poderes delegados por la Constitución en los poderes políticos y aquellas que pertenecen a la categoría de derechos individuales y que, específicamente, limitan las competencias atribuidas a esos órganos. En cuanto a la primera de estas categorías, se fijó un test llamado *escrutinio de racionalidad*. A partir del cual el Congreso poseía una amplia discrecionalidad en la implementación de sus poderes constitucionales; mientras se pudiera considerar racionalmente que una ley promovía un fin constitucional los tribunales no intervenirían. Estos últimos, eran deferentes al Legislativo salvo cuando sus conclusiones

¹²⁷ Conf. POST, R. & SIEGEL, R., “Democratic constitutionalism”. En: BALKIN, J. & SIEGEL, R., *The constitution in 2020*, New York: Oxford University Press, 2009, p. 27. Algo de esto también tiene en mente Sunstein: “*Every day of every year, we Americans are freer because of our Constitution. If we’re allowed to say what we like, worship as we choose, proceed without fear of the police, and even govern ourselves, we owe a large debt to our founding document. But our freedom is more fragile than it appears. The meaning of the Constitution is often disputed, and the disputes are often settled by the Supreme Court of the United States. The rights of Americans depend on what the Court says, and the Court doesn’t always say what it said before*”. Conf. SUNSTEIN, C., *Radicals in robes*, NYC: Basic Books, 2005, p. XI.

fueran “patentemente ilógicas o infundadas”¹²⁸. Para Kramer se trató de una “regla de autorrestricción constitucional” que implicaba que una ley era adoptada por la legislatura con un poder de revisión de la Corte Suprema limitado a los casos en que ella careciera de “fundamento racional”. De este modo, la Corte cedía un espacio importante de autoridad constitucional a los funcionarios políticos. También se admitía un ámbito de mayor activismo en casos que involucren derechos individuales: los pertenecientes al voto y al proceso político, los necesarios para proteger a las minorías raciales, religiosas y otras minorías discretas e insulares¹²⁹. En estos casos, y en todos los que estuvieran presentes cuestiones relacionadas con la raza, la privacidad y el género, se admitía un escrutinio más *estricto*; mientras que en cuestiones relacionadas con el derecho de propiedad o cuestiones económicas el test empleado era solo de base racional.

Sin embargo, el acuerdo se rompió y la supremacía judicial adquirió nuevos defensores. Las razones para esto son diversas, aunque es fácil advertir que comparativamente se identificó a los Tribunales de justicia como el *locus* ideal para proteger los derechos¹³⁰. Para el

¹²⁸ Esta posición, aunque Kramer no lo haga, se puede rastrear hasta James B. Thayer y la doctrina del *clear mistake*. Sobre eso, véase DE LORA, P., “Justicia constitucional y deferencia al legislador”. Según esta doctrina, los jueces deberían declarar la inconstitucionalidad de una norma solo cuando el legislador cometió un error claro; tan claro que no está “sujeto a inquisición racional”. Presupone que si el “coto vedado” se formula en términos abiertos la Constitución admitirá disímiles y razonables lecturas. Y, si ello es así, no impone al legislador una opinión específica. Esta metodología es una aplicación del modelo de justicia penal al ámbito constitucional; la interferencia se justifica solo cuando el error esté más allá de toda duda racional.

¹²⁹ Conf. “United States vs. Carolane Products Co.”, 304 U.S. 144, 152-153, n. 4 (1938) [*Justice Stone*]. Vid. la “teoría del refuerzo de la representación” de ELY, J., *Democracia y desconfianza*. Formas alternativas de pensar el concepto de minorías “discretas” e “insulares”, en ACKERMAN, B., “Más allá de Carolane Products”, Samanta Biscardi y María Cecilia Garibotti (Trad.), *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 10, 1, 125 – 156 y WALDRON, J., “The core of the case against judicial review”.

¹³⁰ Dworkin, que concibe al poder judicial como el “foro de los principios”, es una consecuencia clara de esto. Conf. DWORKIN, R., *Una cuestión de principios*, Victoria Boschiroli (Trad.), Bs. As.: Siglo XXI Editores, 2012.

constitucionalismo popular esto no es un progreso. Es parte de su credo que la constitución le pertenece al pueblo y que, por tanto, no puede dejarse en manos de jueces no electos popularmente su significado último. Por eso, la supremacía judicial será denunciada como un “presupuesto ideológico cuyo objetivo mayor es persuadir a los ciudadanos comunes de que, piensen como piensen sobre las decisiones de los jueces de la Corte, no es su competencia contradecirlas”¹³¹. Anida detrás de esto que los ciudadanos se ven dominados cuando se coloca la última palabra en materia interpretativa en manos del poder judicial; parecería, como dijera Calsamiglia, que “quizá el tirano peligroso, hoy, ya no es el parlamento sino el juez constitucional”¹³².

Esta renovada fe en la supremacía judicial se basa en una fuerte confianza en que los jueces están en condiciones de alcanzar resultados justos. No obstante, no hay nada que haga pensar que eso no se asienta sino en un prejuicio. Waldron, por ejemplo, insiste sobre la asimetría en la que incurrir al considerar la actuación de los tribunales y del Parlamento¹³³. En efecto, los defensores del control de constitucionalidad acostumbran pergeñar una interpretación de la actividad judicial a su mejor luz, nos invitan a que pensemos en cuán sabios y cuán facilitados están por su posición institucional para arribar a soluciones correctas. Por el contrario, la imagen que brindan del Parlamento es la de un grupúsculo de individuos autointeresados prestos a ofrecer soluciones de compromiso a cambio de votos¹³⁴. Pero, ¿es esto realmente así? ¿Es cierto que los jueces, siempre, tengan esta tendencia generalizada a arribar a decisiones correctas? Del mismo modo, ¿es veraz presentar a los legisladores como incapaces de formular un

¹³¹ KRAMER, L., *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, p. 285.

¹³² CALSAMIGLIA, A., “Indeterminación y realismo”, *Análisis e diritto*, 1999, p. 222.

¹³³ Conf. WALDRON, J., *Derecho y desacuerdos*.

¹³⁴ Señala la importancia metodológica de este punto, VILAJOSANA, J., “Precondiciones para el análisis del conflicto entre Tribunal Constitucional y Parlamento”, p. 92 Para él, la comparación entre ambos órganos puede llevarse a cabo de cuatro maneras distintas; según lo comparado sea un modelo ideal de institución o su funcionamiento real: a) Tribunal real/Parlamento real; b) Tribunal ideal/Parlamento ideal; c) Tribunal real/Parlamento ideal; d) Tribunal ideal/Parlamento real. Y que las tendencias dominantes serían c) y d).

discurso constitucional coherente que tienda a proteger los derechos individuales?

Este es, a grandes rasgos, el aspecto deconstructivo de la teoría constitucional americana según Kramer; busca disputar, históricamente, que la supremacía judicial en Estados Unidos fue abrazada sin cuestionamientos¹³⁵. Ahora, el texto también tiene unas pocas líneas propositivas: propone cuestiones de diseño para acercar la constitución al pueblo¹³⁶. Propicia, incluso, en algunos casos, la rebelión en contra de decisiones judiciales que no son compartidas por la mayoría de la población. Aun cuando signifique “un ataque frontal a la Corte”. Ahora, ni ofrece un criterio para actuar de ese modo ni indica cuáles serían los recaudos para que esto esté justificado. También piensa en la existencia de tribunales constitucionales cuya única función sea la de controlar la constitucionalidad de las normas y la introducción o la morigeración de

¹³⁵ El aspecto histórico del libro de Kramer, no ha pasado desapercibido. Algunos (Tribe y Posner, por ejemplo) cuestionan mordazmente la seriedad de su planteo. Véase, GARGARELLA, R., “El nacimiento del constitucionalismo popular”, p. 260/261. Por el contrario, otros consideran que es una de las mayores contribuciones a la historia constitucional norteamericana. Conf. POST, R. & SIEGEL, R., “Popular constitutionalism, departmentalism, and judicial supremacy”, p. 1027. Una objeción al movimiento en general, y a Kramer en particular, en ALEXANDER, L. & SOLUM, L., “Popular? Constitutionalism?” (para quienes el libro, en el mejor de los casos, es profundamente ambiguo y, en el peor, profundamente equivocado). Asimismo CHEMERINSKY, E., “In defense of Judicial Review: the perils of Popular Constitutionalism”, *University of Illinois Law Review*, 2004, 673. Advierte que el principal peligro de este movimiento es que puede socavar el control de constitucionalidad. Además, señala ciertos defectos: (i) Incurrirían en una generalización apresurada (a partir del hecho de que a veces es innecesario concluyen que siempre lo es); (ii) Sobrevaloran el grado en el que las otras ramas cumplen las normas constitucionales; (iii) No prestan atención a la actuación de otros Tribunales que no sean la Corte Suprema; (iv) No tienen en cuenta que en muchos casos, sus propuestas, colocan a la ciudadanía en manos de otros funcionarios no electos; y, (v) Tienen una fe injustificada en que las otras ramas del gobierno electivas protegen las libertades.

¹³⁶ Coincido con GARGARELLA, R. (“El nacimiento del constitucionalismo popular”, p. 251) que esta parte del texto no está a la altura del cuidadoso y fino análisis que efectúa en el resto de la obra.

las cláusulas destinadas a la reforma de la constitución. Para este autor, ambas modificaciones “facilita[n] la implementación de correctivos políticos” cuando se dan desacuerdos serios entre el tribunal constitucional y el resto de los poderes. Creo que esta afirmación puede deberse a un doble orden de razones; aunque ninguna deja bien parada a su propuesta: o desconoce la práctica de los tribunales europeos a los que se refiere o ha sido preso de una esperanzadora imitación irreflexiva de los elementos institucionales foráneos. Lo primero porque no es cierto que, como afirma, existan casos en los que la práctica institucional europea sea tan aleccionadora como la presenta. Por otro lado, el mismo reproche puede hacerse desde otro punto de vista. Es fácil advertir que ha idealizado el modelo foráneo pretendiendo que este no posee los defectos que identifica, y que él denuncia, en Estados Unidos. Nuevamente, debería tenerse en cuenta cómo los elementos del constitucionalismo fuerte se conjugan entre sí. De no realizarse esta tarea, es imposible pensar que estamos en presencia de una solución o morigeración aunque sea parcial de los efectos devastadores de quitarle la constitución al pueblo mismo. Más aun cuando, y esto no lo tiene en cuenta Kramer, se observa un acercamiento cada vez mayor de los Tribunales constitucionales a un modo de ejercicio del control de constitucionalidad cercano al ejercido por la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Sin embargo, el aspecto que aquí interesa destacar no es tanto las soluciones que propone Kramer para mitigar la dificultad democrática de la supremacía judicial, sino las razones que ha brindado para socavar su justificación. En última instancia, su propósito es resaltar que es “el pueblo mismo” la última autoridad en materia constitucional. De este modo,

los jueces de la Corte Suprema empezarían a verse a sí mismos en relación con el público como los jueces de tribunales inferiores se ven hoy a sí mismos en relación con la corte: serán responsables de interpretar la Constitución de acuerdo con su mejor juicio, pero con la conciencia de que allí afuera hay una autoridad superior con el poder para revocar sus decisiones —una autoridad real, también, no un

pueblo en abstracto que se expresó alguna vez, doscientos años atrás, y después desapareció—¹³⁷.

Y todo esto, puede ser exigido porque “la Corte Suprema es nuestro sirviente y no nuestro amo: un sirviente cuya seriedad y conocimiento merece mucha deferencia, pero que en última instancia debe ceder ante nuestros juicios sobre el significado de la Constitución y no al revés. [Porque] no es la autoridad máxima de la patria sobre el derecho constitucional. Nosotros lo somos”¹³⁸. La consecuencia de retomar la autoridad en materia constitucional por el pueblo es la reducción del espacio de actuación del poder judicial. En particular, que no debe tener la última palabra institucional en materias controvertidas de moralidad política. Es que la autoridad sobre el texto constitucional le pertenece al pueblo mismo; hacedores, con victorias y derrotas por la libertad, de una práctica constitucional sobre la que últimamente ha perdido el control que debiera tener.

Ahora bien, el problema con el constitucionalismo según Kramer es su indefinición. Su *approach* carece de herramientas analíticas adecuadas. Esto se ve particularmente, para mí al menos, en tres supuestos que, sin embargo, son esenciales en su estructura argumentativa. Primero, no es claro qué se entiende por el concepto fundamental: “constitucionalismo popular”. Por ejemplo, Alexander y Solum identifican al menos seis posiciones sobre cómo debe entenderse: 1. Es el pueblo quien hace la Constitución; 2. Es el pueblo quien protege la

¹³⁷ KRAMER, L., *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, p. 307/308.

¹³⁸ KRAMER, L., *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, p. 302. Recuérdese que la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo la tesis contraria. En efecto, ante un caso muy conflictivo en el que necesitaba reafirmar su autoridad para aplicar una de sus decisiones más famosas y celebradas (“Brown v. Board of Education of Topeka”, 347 U.S. 483, [1954]) afirmó que, desde “Marbury” (1803), en el sistema político americano existe un principio que deben respetar todos los Estados: “*the basic principle that the federal judiciary is supreme in the exposition of the law of the Constitution, and that principle has ever since been respected by this Court and the Country as a permanent and indispensable feature of our constitutional system*”. Conf. “Cooper v. Aaron”, 358 U.S. 1, 1 – 3 [1958].

Constitución; 3. Es el pueblo quien interpreta la Constitución; 4. Las interpretaciones constitucionales del pueblo son autoritativas; 5. La interpretación constitucional del pueblo es última y final con respecto a las instituciones de gobierno; y, 6. La interpretación constitucional del pueblo puede prevalecer, incluso, sobre el texto escrito de la Constitución¹³⁹. Segundo, el concepto de “supremacía judicial”. Como se vio, esta noción que para Kramer posee un vínculo esencial con el constitucionalismo popular, no es compartida por todos sus sostenedores. Por último, y fundamental, no se sabe quién es el “pueblo mismo”. No se aclara si esta noción tiene un aire rousseaniano, si se trata de una especie orgánica diferenciada de los individuos que lo componen o bien si se identifica con la mayoría de la población. Si fuere esto último las dificultades no son pocas; cuáles serían las razones para que el significado de una constitución sea el que una mayoría de ciudadanos le asigne son complejas y no están explicitadas. Además, existen serios problemas relacionados con la estabilidad de una práctica como el derecho en este sentido. El conjunto de disposiciones que en un momento t_1 es la Constitución, en un momento t_2 podría dejar de serlo y sin que, siquiera, “el pueblo mismo” haya advertido que se produjo esa mutación; ni que exista un acto formal productor de un cambio normativo.

Un interrogante alternativo, además, sería cuál es el rango de acción de la crítica populista. Esto es, ¿se trata de una objeción que tiene credenciales para hacerse valer en todo tiempo y lugar de modo incondicionado? Tiendo a pensar que no; me parece que se trata de una visión que solo se justifica en el marco de una práctica constitucional particular. No todos los vigentes diseños constitucionales poseen un espíritu democrático y aperturista. No todos, en fin, están facturados sobre un principio subyacente que indica que la Constitución pertenece al “pueblo mismo”, que la constitución no es una ley ordinaria y que los jueces constitucionales no deberían tener la última palabra institucional. Existen, y si no fuera el caso podrían existir conceptualmente, constituciones que caprichosamente dan la espalda al pueblo. A estos

¹³⁹ ALEXANDER, L. & SOLUM, L., “Popular? Constitutionalism?”, p. 1616.

documentos, y a estas prácticas constitucionales, el constitucionalismo popular no tiene nada para decirles; al menos en la versión de Kramer dado que su teoría es francamente parroquial y localista. Esto puede deberse a razones diversas. Puede ser porque le asiste razón a este autor al momento de la reconstrucción histórica de la narrativa constitucional americana. Pero, también, puede ser por algo que insinúa el segundo Bayón. Las objeciones al constitucionalismo dependen de un balance entre el *valor instrumental* (para la obtención de resultados justos) y el *valor intrínseco* (calidad moral) de un procedimiento. Y, en esta consideración, las cuestiones contextuales relacionadas con la cultura política son de indispensable atención. Los Estados Unidos es un caso claro, me parece, de lo que tanto el segundo Bayón como el segundo Waldron, tienen en mente cuando se refieren a esto; como un caso claro en el que la supremacía judicial es intolerable. No es posible justificar ninguna versión del constitucionalismo fuerte en ese país. Y esto también por alguna de las razones históricas que ofrece Kramer:

Ni la generación de los fundadores ni sus hijos ni los hijos de sus hijos, ni sus descendientes hasta la generación de nuestros abuelos, fueron tan pasivos en su rol de ciudadanos republicanos. No hubieran aceptado —no aceptaron— que una elite de abogados se hicieran cargo de la Constitución, y no hubieran creído si se les hubiera afirmado (como se nos afirma hoy) que la principal razón para preocuparse por quién se convertirá en presidente es que el ganador controlará las nominaciones judiciales. Hubieran creído que algo marchaba terriblemente mal, si un poder judicial no electo hubiera recibido esa importancia y deferencia. Quizás un país de ese tipo todavía pueda seguir llamándose democrático, pero esa no ha de ser el tipo de democracia por cuya creación lucharon, murieron y pelearon los estadounidenses¹⁴⁰.

La consideración contextual a la que hago referencia viene a decir lo siguiente. Los lineamientos del constitucionalismo fuerte no se amoldan sin fisuras a una práctica constitucional que funciona razonablemente

¹⁴⁰ KRAMER, L., *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, p. 280/281.

bien, en tanto goza de una cultura política sostenida en el tiempo tendiente a proteger ciertos valores como son el autogobierno y la libertad republicana. Y eso es lo que ocurre en Estados Unidos. De tal suerte, quizás, aquellos académicos y políticos que propician el constitucionalismo popular no lo estén defendiendo *urbi et orbi*; sino que, por el contrario, es el contexto de producción de esos discursos lo que determina su potencia crítica y valía teórica y política. De ahí que sea posible encuadrar a esta visión en el replanteo teórico de Bayón. Esto es, acotar la propuesta de un constitucionalismo extra débil al contexto político de Estados Unidos. Por otra parte, los caracteres localistas de la teoría impedirían extraer otras consecuencias genéricas y abarcadoras.

Por eso, quizás, sería conveniente recurrir a algunas consideraciones que Roberto Gargarella ha enfatizado con respecto a la actuación del Poder Judicial en el marco de la concepción deliberativa de la democracia. En este orden de ideas, últimamente, pone énfasis en los aspectos propositivos que esa justificación de la democracia determina para el rol que los jueces deberían cumplir¹⁴¹. Así, insiste en que podrían

¹⁴¹ En sus primeros trabajos sobre la dificultad contramayoritaria, Gargarella muy pocas cosas dijo respecto a diseños institucionales concretos que favorezcan su concepción deliberativa de la democracia. Por ejemplo, la doctrina del reenvío que, tibiamente es cierto, justificó en GARGARELLA, R., *La justicia frente al gobierno*, p. 174/177. Antes bien, su tarea se dirigió a cuestionar el control de constitucionalidad y, en particular, que los jueces tuvieran la última palabra en materia interpretativa. Su objeción se centró en lo que denominó la “brecha interpretativa” —i.e. no es para nada claro el sentido de las palabras insertas en la Constitución—, con esto enfatizó que las justificaciones corrientes se asentaban en una ingenua teoría interpretativa que veía a las cláusulas constitucionales como semánticamente claras y no controvertidas. Más allá de eso, creo que no puede exagerarse la valía del argumento para objetar el *judicial review*. En tanto todas las normas están expresadas en lenguaje, no habría nada de particular en la constitución para que la objeción se detenga sobre la interpretación constitucional y no sobre la del derecho en general. Así, coherentemente, debería indicar que existen razones democráticas para objetar que los jueces interpreten todo el derecho; y no solo el constitucional. El autor que más y mejor desarrolló esta objeción fue ERNST, C., “Independencia judicial y democracia”. En: MALEM, Jorge, OROZCO, Jesús y VAZQUEZ, Rodolfo (Comp.), *La función judicial. Ética y*

obligar al poder político a rever su decisión o a fundamentarla o justificarla de otro modo; exigir al poder político que dé razones públicamente aceptables de sus decisiones, que impida que las leyes sean el mero producto de las presiones de grupos de interés, del intercambio de favores o el simple resultado de la voluntad arbitraria de una mayoría ocasional en el parlamento. De este modo, exige que los jueces colaboren, que sean partícipes de la promoción de un debate colectivo, inclusivo, abierto y entre iguales¹⁴². Tan central es en su argumento el aspecto deliberativo de la democracia que considera que, incluso, en aquellos casos en los que los jueces deben enfrentarse con leyes que afectan a la “propia maquinaria de toma de decisiones democráticas, los controles deberían ser más intensos, y menor la presunción de validez de las decisiones en cuestión”¹⁴³. En suma, su rol institucional sería uno

democracia, Barcelona: Gedisa, 2003, p. 239. Para él, habría una especie de *non sequitur* aquí: de aceptar el carácter volitivo de la interpretación del derecho y, por tanto, rechazar que se trate de un ejercicio puramente cognoscitivo, no se sigue la verdad de la dificultad contramayoritaria; que se suponga como problemática solo la declaración de inconstitucionalidad demuestra que existen otras premisas adicionales en el argumento. Sin embargo, si se relacionan con su carácter elitista se presenta una “cierta y relativa incongruencia” al tratar de manera análoga el mismo conjunto de herramientas que sirven para construir una jurisdicción autónoma e independiente y, al mismo tiempo, para constituir una jurisdicción contramayoritaria. Para él, esto es consecuencia de no distinguir la noción de *independencia positiva y negativa*. La primera sería uno de los medios para el logro de la segunda. Habría aquí lo que llama la *paradoja de la independencia judicial*: si el poder judicial es visto como técnico, elitista y no representativo no es un resultado casual. Al contrario, es un acto deliberado para garantizar la independencia negativa y, luego, la positiva —*i.e.* su competencia para declarar la inconstitucionalidad de las normas—. Hasta donde llega mi conocimiento, Gargarella nunca respondió a esta objeción. De todos modos, tendría razones a su favor si pusiera el acento sobre la posición institucional del poder judicial como último intérprete del derecho en cuestiones que nos conciernen a todos y que, en rigor, son de difícil o muy costosa modificación.

¹⁴² Conf. GARGARELLA, R., “La dificultosa tarea de la interpretación constitucional”. En: GARGARELLA, R. (Coord.) *Teoría y crítica del derecho constitucional*, p. 147

¹⁴³ Conf. GARGARELLA, R., “La dificultosa tarea de la interpretación constitucional”, p. 148.

que hoy, por una errónea interpretación de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, no están dispuestos a tomar¹⁴⁴. Me refiero a que actúen como “facilitadores y promotores del diálogo colectivo, y especialmente sensibles frente a las medidas orientadas a entorpecer ese diálogo”¹⁴⁵. Es por esto que encuentra particularmente interesantes ciertos desarrollos jurisprudenciales que han ayudado a las mayorías a decidir y pensar un determinado asunto. Sin embargo, no por eso optaron ni por la pasividad ni por el activismo y la imposición de sus propios y exclusivos criterios¹⁴⁶. Por el contrario, los jueces deben ser percutores del debate colectivo; dispararlo y controlar las razones que allí se esgrimen. No obstante, debieran ser muy cuidadosos y, quizás, actuar minimalistamente en cuestiones que hoy actúan maximalistamente.

De lo dicho surgen algunos interrogantes. Según su posición, los jueces deben controlar el debate político y, en especial, debieran controlar las razones ofrecidas por los parlamentarios. Aun su teoría daría espacio para que los jueces intervengan en aquellos casos en los que un producto legislativo no es consecuencia de un debate amplio y robusto; o bien cuando no se brindaron razones públicas para tomar esas decisiones. Ahora, no queda claro por qué serían los jueces los que debieran cumplir esta función; en particular, no es para nada obvio cuál sería el criterio que debieran utilizar para emprender esta tarea. Como tampoco cuál sería el incentivo institucional que tendrían para actuar de este modo. Además, ante la ausencia de un texto constitucional que de algún modo brinde cierto parámetro sobre cuándo una decisión ha

¹⁴⁴ Una agenda teórica interesante para los años venideros, en especial para concepciones republicanas, debiera ser elaborar una teoría de las *cuestiones políticas no justiciables en clave democrática*. Llamaron la atención sobre la necesidad de estudiar esto, BOUZAT, A., ESANDI, L. y NAVARRO, P., “Introducción”, p. 12.

¹⁴⁵ Conf. GARGARELLA, R., “La dificultosa tarea de la interpretación constitucional”, p. 148.

¹⁴⁶ Conf. GARGARELLA, R., “Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la constitución”. En: GARGARELLA, R. (Coord.) *Teoría y crítica del derecho constitucional*, p. 168/169.

sido insuficientemente debatida y deliberada, las posibilidades se complican. Esto creo que puede ser también un problema. Es posible preguntarse, entonces, ¿cuál es el criterio de suficiencia de la argumentación? De otra manera, ¿cuáles serían los criterios a utilizar para identificar un argumento fundado y cuándo otro no lo está? ¿Cómo evitar las trampas que la discrecionalidad, en este ámbito, nos podría tender? Además de ello, ¿cuáles serían los incentivos institucionales de los que se valdrían los jueces a fin de revisar estas cuestiones? Incluso ¿esta propuesta no propondría que el poder judicial se transforme en Tribunal? Esto implica que los órganos políticos poseen débiles condiciones para recurrir a criterios que identifiquen cuándo ofrecen razones públicas aceptables y cuando no, como así también cuándo una decisión ha sido suficientemente deliberada. ¿Por qué la salida de esto debería ser el poder judicial? ¿Cuáles serían las especiales condiciones epistemológicas de los jueces para individualizar cuándo un argumento es deficiente y cuándo no desde un punto de vista político?

Creo que si esta posición se lleva al extremo y es generalizada nos pone en las garras del mismo elitismo del que quiso escapar. Finalmente, sin consideraciones adicionales queda ante la necesidad de encontrar jueces benevolentes que, pese a sus convicciones morales, no intenten que en el debate democrático se escuchen las razones que solo ellos quisieron escuchar.

Conclusión

Desde hace varios años la teoría constitucional está empeñada en el análisis de una verdadera “obsesión”¹⁴⁷. La llamada, desde la obra de Alexander Bickel, “dificultad contramayoritaria”. El núcleo de esta

¹⁴⁷ Así la llama, FRIEDMAN, B. “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy”. En: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=60449. Con acierto afirmó Bayón que “la historia de la teoría constitucional es en buena medida la reiteración de [la objeción contramayoritaria] y la de las muchas formas en que se ha intentado contestarla”. BAYON, J., “Democracia, derechos y constitución”, p. 68.

cuestión, como se vio, se asienta sobre el modo de hacer compatible dos ideales con los que, en principio, nos sentimos fuertemente comprometidos: constitucionalismo y democracia. Y que parecerían contradecirse con ciertos arreglos institucionales: la exclusión de ciertos temas de la agenda política democrática en clave de derechos básicos y la competencia de los jueces para ejercer el control de constitucionalidad de normas decididas democráticamente. El punto nodal aquí es, si esos arreglos son necesarios desde la posición constitucionalista, cómo compatibilizarlos con el autogobierno colectivo y el valor adjudicado al derecho de participación política en la toma de decisiones que nos conciernen a todos como miembros de una comunidad política.

De todo esto se ocupó el primer número de *Discusiones*, y que fue una bocanada de aire fresco a un debate que, a decir verdad, nos debíamos. La participación de Moreso, Gargarella y Bayón marcó, en algún sentido, la discusión futura sobre la intrincada relación entre democracia y constitucionalismo. El saldo es francamente positivo. Sus puntos de vista marcaron, y aún lo hacen, la agenda del debate en este tema. Sus contribuciones estuvieron destinadas a responder preguntas en el nivel más abstracto de justificación. Por ende, lo que se discutía era el modo correcto de comprender las relaciones entre aquellos ideales. En la actualidad, quizás, esta discusión ha sido matizada; o bien, ha evolucionado. Los esfuerzos de los autores ya no se dirigen a denunciar incoherencias o tensiones entre ideales con los que nos sentimos comprometidos. Por el contrario, en un nivel más bajo de abstracción, sus esfuerzos se encaminan a postular diseños institucionales que, de algún modo, reflejen las posiciones asumidas en el nivel abstracto de la teoría.

Las posturas de los contendientes en aquella discusión fueron matizadas. Según quedó demostrado ninguno de ellos defiende hoy —al menos con el mismo énfasis— las ideas allí expuestas. Sin embargo, quizás, esto es una consecuencia de plantear de un modo más acabado las preguntas fundamentales que era necesario formular para la correcta comprensión de lo que estaba en juego. La necesidad de justificar con las mejores teorías disponibles un hecho democráticamente incómodo: el constitucionalismo. Al menos, cuando se caracteriza por su “robustez”.

Destaco, también, que esto no se ve disminuido por la posición de Moreso que entendía que el constitucionalismo fuerte está justificado descontextualizadamente. La preocupación central de su trabajo fue brindar las mejores razones para sostener que esto no ocurría o que, al menos, si nos comprometemos con ciertas teorías morales debiéramos hacer lo propio con cierto diseño institucional. Ahora bien, de ello no puede concluirse que la cuestión no merezca ni ser analizada ni tomada seriamente. Por el contrario, su trabajo demuestra cuán necesaria es la vinculación justificatoria de estas cuestiones y cuán fructífero puede ser el rigor filosófico para analizar los fundamentos del constitucionalismo. Las “salidas” por las que se decantan los autores tienen sus problemas. Más allá de esto, ni puede ni podrá quien esté interesado en esta cuestión prescindir del primer número de *Discusiones*. No porque los participantes tengan las razones correctas para la defensa de una u otra posición sino porque, y creo que ese es el objetivo, nos ayudan a comprender de un modo acabado los problemas que subyacen en la temática.

No puedo ocultar mis simpatías con un diseño constitucional “débil”. Entiendo que es el que más se acerca a un correcto equilibrio del valor intrínseco y del valor instrumental que le otorgamos al procedimiento democrático. Y como pienso que se trata de una objeción de tipo ético político me parece que el diseño a proponer debe responder a esos principios. Por tanto, no creo que las cuestiones relacionadas con el contexto político de inserción tengan la potencia que los autores les atribuyen. En todo caso, es una cuestión de matiz. A mi criterio, el constitucionalismo débil es el sistema más acorde a una visión republicana del margen de acción de la política y con nuestros propios márgenes de acción como ciudadanos; como miembros de una comunidad política en la que aspiramos desarrollarnos colectivamente y delinear un futuro común. Ello debe hacernos tomar conciencia, incluso por sus defectos, que no es motivo suficiente para que atávicos compromisos deliberativos sean abandonados y preteridos. Por el contrario, debemos reforzarlos; reclamar un mejoramiento de nuestras instituciones con la cabal conciencia de que con apatía solo nos convertimos en niños bajo la autoridad de mayores. Aun cuando esos mayores, a los que no es ni conveniente ni deseable que nos sometamos,

sean los jueces constitucionales. Pues, finalmente, el compromiso que adoptamos colectivamente es el respeto a una autoridad democrática. Una autoridad que nos habla en un lenguaje abstracto y que nos reclama ser sus autores; no simples espectadores de la representación realizada por otros. Esto último se conecta con el llamado “constitucionalismo popular”. El análisis detallado de esta posición queda aún abierto. El debate sobre su conveniencia, virtudes y defectos está por venir. No obstante, recordémoslo, estamos en mejores condiciones de participar en él gracias al viejo primer número de la revista *Discusiones* de la Universidad Nacional del Sur. Agradecámosles, pues, eso, a los autores.

Instrucciones para los autores

Discusiones publica debates en torno a un texto principal, además de diferentes secciones con textos críticos. El ámbito temático de la revista incluye la filosofía del derecho, la filosofía moral y política, así como la teoría del derecho penal, privado y constitucional. Los textos deben reflejar conocimiento original e inédito. La revista consta de dos números al año publicados en junio y diciembre de cada año.

Cada número de la revista constará de cuatro secciones: la sección principal será dedicada a la discusión de un trabajo central, seguido por una serie de estudios críticos y una réplica por parte del autor del trabajo principal. La sección *Discusiones: Cortes* estará destinada a discutir críticamente un fallo o línea jurisprudencial de alguna Corte o Tribunal de relevancia. La sección *Discusiones: Libros* destinada a discutir una idea central presente en un texto considerado clásico o de reciente aparición. Por último, la sección *Discusiones: Balance* consistirá en un apartado dedicado a retomar discusiones anteriores que han tenido lugar en esta revista intentando proyectarlas hacia el futuro.

Envío y evaluación

Todo artículo o propuesta de discusión debe ser enviado al Director y/o la Secretaria de Redacción (hernanbouvier@gmail.com, ialvarez@uns.edu.ar)

Discusiones: sección principal. Las propuestas de discusión de esta sección deben enviarse con el texto principal que se propone como eje de discusión y los nombres y vinculación institucional del editor y los discutidores. El texto principal de la discusión no deberá exceder las 10.000 palabras y contar con un resumen de 150 palabras. La propuesta será evaluada por el Consejo Asesor mediante un dictamen fundado. En caso de ser aceptada corresponderá al editor propuesto la coordinación de la discusión, recopilando los textos críticos de los intervinientes indicados y la réplica o respuesta final a las críticas por parte del autor principal.

Discusiones: Cortes. El texto propuesto para la sección debe ser enviado al Director y/o la Secretaria de Redacción. El texto no deberá exceder

las 10.000 palabras y debe ser acompañado de un resumen de 150 palabras. Debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar dos documentos: uno con los datos del autor y el otro sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría. El texto sin datos será remitido por los encargados de sección (Sebastián Elías, Paula Gaido y Rodrigo Sánchez Brígido) para su referato por pares externos.

Discusiones: Libros. El texto propuesto para la sección debe ser enviado al Director y/o la Secretaria de Redacción. El texto no deberá exceder las 10.000 palabras, debe ser acompañado de un resumen de 150 palabras y debe contener un abordaje crítico y extenso sobre el libro en cuestión. Debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar dos documentos: uno con los datos del autor y el otro sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría. El texto sin datos será remitido por el encargado de sección (Pau Luque) para su referato por pares externos.

Discusiones: Balance. El texto propuesto para la sección debe ser enviado al Director y/o la Secretaria de Redacción. El texto no deberá exceder las 10.000 palabras, debe ser acompañado de un resumen de 150 palabras y debe contener un abordaje crítico y extenso de alguna de las discusiones que han sido objeto de números anteriores. El artículo deberá, además, incluir nuevas proyecciones y actualizaciones del debate analizado. Debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar dos documentos: uno con los datos del autor y el otro sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría. El texto sin datos será remitido para su referato por pares externos.

Instrucciones generales de escritura y citas

Las notas al pie deben ser enumeradas consecutivamente. En la nota se indicará la fuente de la siguiente manera:

Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, México D.F., Porrúa, 1979.

Garzón Valdés, E. “Los deberes positivos generales y su fundamentación”, *DOXA*, 3, 1986.

Al final del trabajo se agregará una lista con la bibliografía citada.

Todo trabajo debe ser acompañado de un resumen de 150 palabras y la indicación de tres palabras claves.

Se terminó de imprimir en el mes de julio de 2013, en la Editorial de la Universidad Nacional del Sur, Avda. Alem 925, Bahía Blanca, Argentina. Se imprimieron 200 ejemplares

