

Comentarios sobre el comentario de Pablo de Lora

Por ROBERTO GARGARELLA

Antes que nada, quisiera agradecer a Pablo de Lora el comentario que ha hecho de mi libro *La justicia frente al gobierno*¹. Entiendo que, en líneas generales, De Lora repasa adecuadamente la mayoría de los puntos de vista que expongo en el escrito citado, y alcanza a presentar algunas críticas relevantes. Como forma de honrar el trabajo que De Lora ha realizado, quisiera, en lo que sigue, responder a algunos de sus comentarios. Dividiré mi respuesta, de aquí en más, en dos partes: la primera, relativa a sus críticas sobre la concepción «deliberativa» de la democracia –concepción sobre la que, en definitiva, apoyo buena parte de mi análisis de la tarea judicial–; y la segunda, referida a las críticas que De Lora dirige contra algunas de las (pocas) propuestas de reforma institucional que sugiero en el libro.

LOS PROBLEMAS DE LA CONCEPCIÓN «DELIBERATIVA» DE LA DEMOCRACIA

Puesto a examinar las objeciones de De Lora a la visión deliberativa de la democracia que yo defiendo, quisiera rescatar, primeramente, un comentario que aparece escabullido por allí hacia el final de su presentación, y que –me parece– ayuda a entender algunas de sus observaciones.

1 Ed. Ariel, Barcelona, 1996. PABLO DE LORA me responde a través de su trabajo *Sobre la justicia constitucional. Reflexiones a partir del libro de Roberto Gargarella*.

De Lora sostiene que la representación política cuenta con ventajas «obvias» frente a formas de organización alternativas «no sólo en lo que hace a la racionalidad política» sino también en lo relativo a «la posibilidad de que los individuos efectivamente puedan llevar a término sus planes de vida». Esta observación, según entiendo, abre la pequeña brecha que separa a la postura de Pablo de Lora de la mía. En efecto, en mi trabajo tomo a la discusión pública de «todos los potencialmente afectos» como un «ideal regulativo», y ello porque considero que tal tipo de discusión podría ayudarnos, justamente, en lo que De Lora considera que nos perjudica (tomar mejores decisiones; poder seleccionar y desarrollar mejor nuestros planes de vida).

Defender la discusión pública como ideal regulativo, por ejemplo, no implica ningún compromiso con soluciones institucionales como las que De Lora sugiere –al asimilar la democracia deliberativa con un sistema organizativo sobreexigente–. En mi opinión, por caso, sería seguramente irracional exigirle al «ciudadano común» que abandone sus prácticas de violín, o –aun– que abandone por unos instantes su cómodo puesto frente al televisor, para llevarlo a discutir con otros –en algún foro imaginario– acerca de qué nombre ponerle a una plaza recién erigida. En cambio, podría resultar aceptable que se le pregunte a este mismo ciudadano común qué es lo que opina acerca del modo en que se van a utilizar sus recursos (junto con los de todos los demás) en el próximo año. Omitir este tipo de discusiones es lo que, según considero, puede afectar «la posibilidad de que los individuos efectivamente puedan llevar a término sus planes de vida», como dice De Lora. Ello, al menos, por dos razones. En primer lugar, porque, en la ausencia de una discusión pública amplia, los decisores pueden terminar decidiendo, simplemente, a partir de su exclusivo autointerés². Y en segundo lugar, porque –es dable esperar– aun decisores de buena fe pueden faltar a la imparcialidad por el mero desconocimiento de opiniones relevantes³.

De Lora se pregunta, además, si la defensa de la deliberación no entraña «una suerte de actitud paternalista o perfeccionista». Seguramente que no –le respondería–, mientras no se fuerce a nadie a abandonar su sillón frente al televisor para llevarlo por las narices a discutir con otros, ni se distribuyan los beneficios sociales de modo tal de premiar, sobre todo, a los ciudadanos «virtuosos» o comprometidos políticamente (decir esto, de todos modos, no me compromete con una actitud inculdicablemente antipaternalista, como la que De Lora parece defender).

² En este sentido, la deliberación colectiva viene a forzar a los funcionarios de gobierno a que justifiquen públicamente las políticas que promueven.

³ En este sentido, la deliberación colectiva viene a enriquecer el proceso de toma de decisiones con información necesaria. Ocurre que la virtual ausencia de la ciudadanía en el proceso de toma de decisiones puede provocar que los decisores elijan un modo de resolución del conflicto que en definitiva desconozca algún punto de vista relevante; o que, queriendo tomar en cuenta las consideraciones de un cierto grupo relevante, identifiquen de modo equivocado los puntos de vista de este grupo.

Por último, De Lora objeta la idea de deliberación colectiva, llamando la atención sobre «una dificultad lógica que tiene que ver con la fijación de la agenda política»: ¿quién decide lo que debe ser sometido a deliberación? —se pregunta. Ahora bien, en mi opinión este cuestionamiento tendría algún atractivo si yo defendiera —lo que no hago— la extraña petición de que «todos discutan acerca de todo», o si De Lora no defendiera —como lo hace— el contramodelo de la democracia representativa. Y, efectivamente, De Lora defiende la democracia representativa, con lo que muestra un implícito reconocimiento hacia la posibilidad de fijar la agenda política de modo razonable (si no, la democracia representativa sería simplemente una farsa indefendible)⁴.

LA NO EXHAUSTIVIDAD DE LAS SOLUCIONES PROPUESTAS

En críticas como la mencionada en la última parte de la sección anterior (la crítica a las dificultades lógicas, propias de la discusión) se vislumbra una actitud que se reitera en el escrito de De Lora: la de descartar, de algún modo, las «soluciones alternativas» que presento en mi libro, a partir del carácter no exhaustivo de las mismas. Quisiera dar, rápidamente, tres muestras de dicha actitud:

i) La crítica a la técnica de reenvío: De Lora objeta mis comentarios, favorables a dicha técnica, diciendo que no especifico con mayor detalle la forma en que la misma debe llevarse a la práctica.

ii) La crítica a mi propuesta de una institución judicial localizada en la atención de los derechos de las minorías: De Lora objeta mis sugerencias, dado que no especifico si la misma va a actuar «en lo que hace a la aplicación judicial ordinaria, o también en relación al control judicial de las leyes», para agregar luego que, mientras las mayorías sean quienes conserven la «última palabra institucional» (como surge de las conclusiones de mi trabajo), las minorías nunca van a poder sentirse efectivamente protegidas.

iii) La crítica a la distinción que propongo entre «cuestiones de moral pública» —cuestiones en donde puede dañarse a terceros— y «cues-

⁴ No quisiera pasar por alto una cierta contradicción que advierte DE LORA entre la defensa de sistemas institucionales mayoritarios —como el defendido por el populismo norteamericano en el siglo XVIII—, y la invocación —propia de estos populistas— de un «orden superior de derechos» (aunque me ocupo específicamente de este punto en «La revisión judicial y la difícil relación democracia-derechos», *Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 64, Madrid, España, 1991). En mi opinión, una persona convencida de que las cuestiones de interés público deben someterse al voto mayoritario puede, coherentemente, pretender el respeto de un sistema de reglas destinado, justamente, a asegurar la vigencia de tal procedimiento mayoritario de toma de decisiones. Los antifederalistas norteamericanos, entre otras cosas, reclamaron el respeto de «los derechos del pueblo» porque temían que el sistema que en dicho tiempo se creaba fuese altamente inadecuado frente a sus reivindicaciones, más cercanas a la democracia directa. Temían razonablemente, y por ejemplo, que dicho sistema autorizase la emergencia de nuevas «aristocracias» capaces de vaciar de contenido a la organización institucional, o de obstaculizar la expresión de las mayorías empobrecidas.

tiones de moral privada» –cuestiones en donde los terceros no resultan afectados– como forma de comenzar a delimitar los alcances de las decisiones mayoritarias: De Lora objeta tal distinción aludiendo a la «relativa elasticidad de la noción de daño» que ofrezco.

Está claro, ninguna de las observaciones de De Lora resulta equivocada: la propuesta del reenvío merece mayores precisiones; quedan muchos blancos por donde pueden filtrarse violaciones de los derechos de las minorías; es imperioso echar más luz sobre la noción de daño a terceros. De todos modos, frente a tales observaciones cabe aclarar, ante todo, que en las conclusiones de mi trabajo sólo pretendo marcar algunas líneas posibles para continuar explorando en investigaciones futuras. Aclarado esto, según entiendo, tales líneas de investigación podrían impugnarse (por ejemplo), si se presentasen como utópicas, o se mostrasen, en un acercamiento inicial, como imperseguibles. Sin embargo, este no parece ser el caso de las propuestas que apoyo. Existen países, como Canadá, que han utilizado de modo relativamente exitoso mecanismos como el del reenvío; propuestas similares a las que sugiero, en materia de minorías, se han ido implementando por vías informales; la investigación acerca de la noción de daño ha dado lugar a avances muy provechosos (como en los cuatro fabulosos tomos escritos por Joel Feinberg).

Alguien podría continuar objetando, de cualquier forma, que, aun cuando tales líneas de investigación resultasen fructíferas, complican innecesariamente la solución de los problemas que vienen a resolver. Pero, nuevamente, este no parece ser el caso. Claramente, por ejemplo, la necesidad de precisar la noción de daño a terceros es imperiosa, mucho más allá de que a mí me interese especialmente hacerlo. Del mismo modo, la necesidad de mejorar la protección institucional que le otorgamos a las minorías es también imperiosa, aunque las propuestas que yo sugiero estén condenadas al completo fracaso.

Finalmente, agregaría que propuestas como las que realizo merecen ser evaluadas, también, en relación con el tipo de propuestas a las que se contraponen. Quiero decir, vale la pena detenerse a considerar la plausibilidad de las alternativas que quedan, una vez dejadas de lado vías de solución como las que propongo. Por ejemplo, De Lora sostiene que el reenvío puede procurar parálisis políticas. Pues bien, convendría examinar hasta qué punto la ausencia de este tipo de mecanismos favorece la superación de bloqueos institucionales. Por ejemplo, sería interesante saber qué pensaba al respecto, digamos, Roosevelt, cuando veía frenadas sistemáticamente sus leyes de reconstrucción económica (su «New Deal», que obtenía amplio respaldo popular y legislativo) sólo por la obstinada oposición de un grupo de jueces. Del mismo modo, De Lora sostiene que, aun si se implementasen propuestas como las que ofrezco, las minorías seguirían estando amenazadas por las mayorías. Pues bien, valdría la pena evaluar la situación presente, en todos aquellos (comunes) casos en donde no sólo las minorías no reciben una especial atención,

sino que, además, y para peor, la misma voluntad de las mayorías resulta amenazada, a partir de la voluntad de una minoría de jueces ⁵. De igual forma, convendría examinar las consecuencias de nuestro cotidiano desdén frente a la necesidad de precisar la noción de daño a terceros, ante casos de perfeccionismo muy comunes dentro de las «avanzadas» sociedades en donde vivimos (así, por ejemplo, frente a casos como el de una mayoría que pretenda castigar a algún grupo alegando sentirse afectada por el modo en que dicho grupo habla, se viste o ejerce su sexualidad). A pesar de todas estas reservas, de todos modos, acepto la observación de De Lora según la cual la noción de daños —y dada la centralidad que dicha noción adquiere, sobre el final de mi trabajo— merece ser explorada más a fondo, a pesar de las enormes dificultades que existan para llevar adelante dicha tarea.

Entiendo que las aclaraciones anteriores sirven para responder al núcleo de las observaciones formuladas por De Lora en torno a *La justicia contra el gobierno*. Lo que quedan luego son descripciones en general adecuadas de los argumentos que expongo (salvo, me parece, algunos malentendidos que creo entrever acerca de mi distinción entre «populismo» y «pluralismo»; o una cierta superposición entre «federalistas» y «antifederalistas», que yo trato de evitar), y observaciones relativamente marginales en su escrito, acerca de las cuales no siempre estoy de acuerdo (por ejemplo, una repetida y entiendo injustificada insistencia en los buenos efectos de la reforma constitucional como mecanismo para renovar los acuerdos sociales originales ⁶).

⁵ Conviene aprovechar este punto para aludir a un par de dudas que DE LORA deja anotadas, acerca de la relación política entre mayorías y minorías. Por ejemplo, DE LORA alude a las dificultades que tenemos para «identificar claramente a la mayoría (y supongo, aunque no lo dice, a «la minoría»»). Tal apreciación puede resultar atractiva en muchos casos. Sin embargo, lo cierto es que —muy comúnmente— nos resulta fácil identificar a una particular mayoría (enfrentada a una particular minoría). Por ejemplo, luego de un plebiscito en donde la población católica termina rechazando un proyecto de ley de aborto, resulta bastante razonable decir que «la mayoría (católica) terminó imponiendo su opinión acerca del aborto», o «el reclamo levantado por la mayoría (católica) resultó victorioso. Decir esto, además —y en respuesta a otra de las dudas de DE LORA—, no implica asumir que «las mayorías», inevitablemente, van a tender a oprimir a «las minorías» (como pudo pensar JAMES MADISON, por ejemplo). De todos modos, resulta todavía razonable que alguien se preocupe por los derechos de las (particulares) minorías perdidonas (luego de específicas votaciones), especialmente, frente a un sistema democrático que permite que la mayoría imponga su opinión aun en cuestiones de moral privada.

⁶ En este sentido, por ejemplo, me sumo al escepticismo de ALEXANDER BICKEL, o al de BRUCE ACKERMAN: ¿cómo llevar adelante tal reforma, por caso, si la generación que nos precede instaura un mecanismo de reforma constitucional extremadamente costoso? (por ejemplo, exigiendo el voto positivo de una mayoría parlamentaria amplísima, como precondition para promover dicha reforma).