

LA CONTINGENCIA EN EL CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO. UN ANÁLISIS A PARTIR DE LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO EN ARGENTINA¹

CONTINGENCY IN DIALOGIC CONSTITUTIONALISM. AN ANALYSIS FROM THE
DEPENALISATION OF ABORTION IN ARGENTINA

Recibido: 13/11/2021– Aceptado: 09/02/2022

Carlos Ignacio Giuffre²



<https://orcid.org/0000-0002-9641-4923>

Universitat Pompeu Fabra (España)

ignacio.giuffre@upf.edu

1 El autor agradece los generosos comentarios de Jorge Baquerizo, Roberto Gargarella, Carlos González Bellene, Josefina Ibáñez, Santiago Nasif y Virginia Rodríguez.

2 Docente e Investigador Predoctoral (Universitat Pompeu Fabra), Master in Global Rule of Law and Constitutional Democracy (Università degli Studi di Genova y Universitat de Girona), Máster en Derecho Constitucional (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, y Universidad Internacional Menéndez Pelayo), Especialista en Derecho Constitucional (UCA) y Abogado (Universidad de Mendoza).

Resumen

El reciente libro de Roberto Gargarella, *El derecho como una conversación entre iguales*, nos permite reflexionar sobre una corriente que ha surgido en los últimos años, el llamado constitucionalismo dialógico. Dicha corriente se caracteriza por una defensa de la democracia deliberativa, así como también por una crítica a la idea según la cual los derechos están mejor custodiados en los tribunales. En este marco, el argumento que pretendo sostener es que el constitucionalismo dialógico, como el que teoriza Roberto Gargarella, no está orientado a protegerse de la contingencia de la política a través de instituciones contrademocráticas, sino que defiende instituciones proclives al diálogo inclusivo y sensibles a dicha contingencia.

Palabras clave: Democracia deliberativa; Diálogo; Derechos fundamentales; Participación popular; Revisión judicial.

Abstract

Roberto Gargarella's recent book, *Law as a conversation among equals*, invites us to reflect on a trend that has emerged in the recent years: the so-called dialogic constitutionalism. This trend is characterized by a defense of deliberative democracy, as well as by the criticism of the idea that rights are best protected in the courts. In this framework, the argument I intend to support is that dialogic constitutionalism, as theorized by Roberto Gargarella is not oriented towards protecting the contingency of politics through counter-democratic institutions, but rather defends institutions that are prone to inclusive dialogue and sensitive to such contingency.

Keywords: Deliberative democracy; Dialogue; Fundamental rights; Popular participation; Judicial review.

Sumario

1. Introducción
2. Aproximación al constitucionalismo dialógico
3. La discusión del aborto y sus lecciones para nuestra cultura constitucional
4. La contingencia
5. Palabras finales
6. Bibliografía

1. Introducción

La flamante publicación del libro *El derecho como una conversación entre iguales*³, de Roberto Gargarella, es una oportunidad excepcional para reflexionar sobre una corriente constitucional que ha ido emergiendo y expandiéndose en los últimos años, hoy conocida con el nombre de *constitucionalismo dialógico, deliberativo o discursivo*⁴. El constitucionalismo dialógico se nutre de notables trabajos, reunidos tanto por una defensa de los principios de la democracia deliberativa, así como por una crítica a las teorías jurídicas que consideran que los derechos están mejor custodiados en los tribunales.

En este marco, el argumento que aspiro a sostener es que el constitucionalismo dialógico, como el que teoriza Roberto Gargarella, no aspira a protegerse de la contingencia de la política a través de mecanismos institucionales de carácter contrademocrático. En cambio, su teoría constitucional es sensible a dicha contingencia y se toma en serio los desacuerdos en el derecho, así como también

3 GARGARELLA, Roberto. *El derecho como una conversación entre iguales*. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran por fin al diálogo ciudadano. Versión Ebook. Buenos Aires: Siglo XXI, 2021.

4 Entre los trabajos de mayor impacto cabe tener presente, al menos, a los siguientes: HOGG, Peter y BUSHELL, Allison. "The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures". *Osgoode Hall Law Journal*. 1997, Vol. 35, núm. 1; BOHMAN, James. "Survey Article: The Coming of Age of Deliberative Democracy". *Journal of Political Philosophy*. 1998, Vol. 6, núm. 4; NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Buenos Aires: Gedisa, 1997; GARGARELLA, Roberto. "We the People: Outside the Constitution: The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances". *Current Legal Problems*. 2014, Vol. 67, núm. 1; LEVY, Ron; KONG, Hoi; ORR, Graeme; y KING, Jeff (Eds.). *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

defiende la necesidad de mantener abiertas las exclusas de diálogo inclusivo para revertir las decisiones que consideramos injustas.

A fin de sustentar dicho argumento, la estructura del trabajo será la siguiente. Primero, efectuaré una aproximación general de la corriente dialógica del constitucionalismo, dentro de la cual emerge y a la cual contribuye el reciente libro de Roberto Gargarella. Segundo, repasaré el proceso de discusión del aborto en Argentina, que para Roberto Gargarella constituyó una extraordinaria práctica social e institucional que se inscribe en la referida corriente constitucional y que nos ayuda a repensar nuestra cultura constitucional. Tercero, explicitaré que tanto la teoría constitucional dialógica de Roberto Gargarella –en general–, como el análisis que él hace de la discusión del aborto –en particular–, es sensible a la contingencia de la política. Por último, expondré algunas reflexiones finales.

2. Aproximación al constitucionalismo dialógico

El reciente libro de Roberto Gargarella ha sido publicado en un contexto que coincide con el surgimiento y la expansión del constitucionalismo dialógico. A su vez, dicha obra implica una de las contribuciones más novedosas y mejor sistematizadas a la aludida corriente constitucional. En lo que sigue, entonces, efectuaré una aproximación general tanto al constitucionalismo dialógico, como a algunos de los aportes de Roberto Gargarella.

A partir de la segunda mitad del siglo XX y hasta la actualidad, comienzan a plantearse con mayor fuerza ciertas *objeciones a la revisión judicial de constitucionalidad*. Entre ellas, cabe destacar principalmente a la denominada *dificultad contramayoritaria* del control judicial de constitucionalidad⁵. Esta crítica denuncia el déficit de legitimidad democrática de la potestad judicial de declarar la (in)constitucionalidad de las normas que regulan los aspectos más fundamentales de la sociedad, aun en contra de sus preferencias o de las de sus representantes políticos. Sin embargo, este planteamiento es solamente uno de los que ha tenido mayor repercusión, puesto que desde entonces se vienen objetando otros aspectos igualmente significativos: el carácter puramente sustancial

5 BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianapolis. New York: Bobbs-Merrill, 1962, pág. 16.

del control judicial de constitucionalidad⁶; el escaso valor epistémico, junto con el déficit de imparcialidad, de las decisiones judiciales sobre asuntos públicos⁷; la ofensa de las decisiones judiciales a la igual dignidad moral, a la regla de decisión por mayoría, al ideal del autogobierno y al hecho de los desacuerdos sobre los derechos⁸; la extensión de la noción de supremacía constitucional hasta el extremo de supremacía judicial⁹; el carácter agonal del sistema de división de poderes¹⁰; entre otros. Hasta el día de hoy, muchos de estos problemas continúan sin respuestas satisfactorias por parte de las imperantes corrientes del constitucionalismo.

A su vez, algunos años más tarde, a finales del siglo XX, tiene lugar un *giro deliberativo* de la democracia. De acuerdo con esta particular corriente, la democracia es entendida como un modelo de adopción de decisiones políticas a través de un procedimiento de carácter inclusivo o abierto –esto es el componente democrático– y de carácter dialógico o argumentativo –esto es el componente deliberativo¹¹. La democracia deliberativa defiende un ideal regulativo cuya función consiste en ofrecer parámetros críticos para la evaluación y corrección de los procesos de toma de decisiones políticas.

Desde entonces, las concepciones acerca de la democracia deliberativa se han expandido de modo extraordinario a lo largo y ancho del mundo. Tal es así que la mayoría de las investigaciones en este ámbito no se centran en analizar si este modelo es deseable, sino que lo dan por hecho. En otras palabras, muchas

6 ELY, John. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980, págs. 105-179.

7 NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Buenos Aires: Gedisa, 1997, págs. 273, inter alia.

8 WALDRON, Jeremy. "A Right-Based Critique of Constitutional Rights". *Oxford Journal of Legal Studies*, 1993, núm.13, págs. 36-38.

9 TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. New Jersey: Princeton University Press, 1999, págs. 6-32.

10 GARGARELLA, Roberto. "We the People" Outside the Constitution: The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances". *Current Legal Problems*. 2014, Vol. 67, núm.1, págs. 22-34.

11 HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2008.

de las discusiones teóricas de la actualidad son internas, en vez de externas, al modelo democrático deliberativo. Por eso, casi todas las controversias académicas actuales sobre este punto se centran en la mejor manera de interpretar este modelo ideal.

Ahora bien, pese a que la democracia deliberativa ha devenido en el modelo de democracia con mayor predominio en la actualidad, a la vez que ha proporcionado profusas herramientas normativas para evaluar y corregir los métodos decisorios y las instituciones políticas, su alcance no ha sido el mismo en el campo del constitucionalismo¹². Particularmente, la democracia deliberativa no ha avanzado de manera sistemática y contextual en lo atinente al análisis y solución de las objeciones a la revisión judicial de constitucionalidad, ni ha logrado despojarse de ellas. En efecto, el problema que hoy se advierte es que, a contracara de las objeciones a la revisión judicial que propone el modelo constitucional fuerte y del giro deliberativo de la democracia, se ha propagado por el mundo un modelo de constitucionalismo fuerte que concede la última palabra sobre los asuntos fundamentales a los tribunales.

No obstante, los déficits descritos han empezado a revertirse, gradual y lentamente, a partir del surgimiento del *constitucionalismo dialógico* a finales del siglo XX. Esta teoría y modelo constitucional puede concebirse como un “enfoque democrático deliberativo del constitucionalismo”¹³. En palabras de Gargarella, se trata de “la novedad más interesante aportada por el constitucionalismo en las últimas décadas”¹⁴. Dicho atractivo radica en que pretende suplir las indiferencias y desatenciones anteriores, es decir, que aspira a hacerse cargo del estudio

12 LEVY, Ron y KONG, Hoi. “Introduction: Fusion and Creation”. En: LEVY, Ron; KONG, Hoi; ORR, Graeme; y KING, Jeff (Eds.). *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, pág. 2.

13 GHOSH, Eric. “Deliberative Constitutionalism: An Empirical Dimension”. En: LEVY, Ron; KONG, Hoi; ORR, Graeme; y KING, Jeff (Eds.). *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, pág. 221.

14 GARGARELLA, Roberto. *El derecho como una conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran por fin al diálogo ciudadano*. Versión Ebook. Buenos Aires: Siglo XXI, 2021, pág. 406. *de derecho en términos de teoría del discurso*. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2008, pág. 176; entre otros trabajos.

contextual y sistemático de los arreglos y prácticas constitucionales a la luz del ideal democrático deliberativo. Así pues, el constitucionalismo dialógico viene a suscribir los principios normativos de la teoría deliberativa de la democracia, pero además su preocupación se centra, ahora sí, en explicitar, evaluar y revertir las falencias de los arreglos institucionales de las constituciones.

En este marco, las contribuciones de la obra de Roberto Gargarella son múltiples, entre las cuales aquí me interesa destacar las siguientes tres.

Primera, él no solo defiende un modelo deliberativo de la democracia, sino además un modelo dialógico del constitucionalismo. Con esto, se aparta de la inconsistencia de los trabajos que, pese a que en el plano de la democracia suscriben una versión deliberativa, en el plano del constitucionalismo suscriben una versión fuerte con primacía judicial, que no toma en serio las objeciones que se le dirigen a la jurisdicción constitucional.

Segunda, aunque desde hace algunas décadas muchos trabajos apelan a la idea de diálogo constitucional, Roberto Gargarella suscribe una visión particularmente atractiva. Por un lado, respecto de los *actores involucrados* en la trama deliberativa, el ideal de la "conversación entre iguales" implica una visión que apela al diálogo no meramente entre los tribunales –teorías del diálogo judicial– o solamente entre las instituciones públicas –teorías del diálogo institucional–, sino entre todas las autoridades públicas y la sociedad –teorías del diálogo inclusivo–. Por otro lado, respecto del *alcance* del constitucionalismo dialógico, el ideal de la "conversación entre iguales" implica una visión que no es meramente explicativa de nuestro vigente sistema de división de poderes en términos dialógicos –teorías descriptivas–, sino que prescribe un exigente ideal regulativo hacia el cual debe tender nuestro sistema de división de poderes y los procesos de toma de decisiones –teorías normativas–.

Tercera, la obra de Roberto Gargarella contribuye a revertir el deficitario abordaje de los diseños y prácticas constitucionales de forma sistemática, contextualmente situada y en línea con las premisas normativas de la democracia deliberativa. En tal sentido, los estudios del profesor argentino incluyen los dramas institucionales y sociales de nuestro tiempo en Latinoamérica¹⁵. Y, además, insiste

15 Por mencionar solo dos trabajos recientes, entre tantos otros, pueden verse GARGARELLA, Roberto. "La revisión judicial en democracias defectuosas". *Brazilian Journal of Public Policy*, 2019, Vol.9, núm2; GAR-

en la necesidad de profundizar una etapa relacionada con el “giro contextual” de la democracia deliberativa, es decir, un estadio que preste mayor atención al estudio de las posibilidades y límites de esta corriente en coyunturas situadas¹⁶.

Hasta aquí, he ofrecido una mirada sintética del contexto y la corriente en la cual emerge y a la cual nutre la extraordinaria obra de Roberto Gargarella. A continuación, reconstruiré el proceso de despenalización del aborto en Argentina, que para nuestro autor se inscribe en la referida corriente deliberativa del constitucionalismo.

3. La discusión del aborto y sus lecciones para nuestra cultura constitucional

Dentro de la corriente dialógica del constitucionalismo expuesta, Roberto Gargarella se remite a diversas experiencias institucionales tales como la *cláusula de salvedad* canadiense, el caso *Grootboom* de la Corte Constitucional de Sudáfrica, las audiencias públicas, el deber de consulta previa a las comunidades indígenas, entre otras. Sin embargo, aquí voy a centrarme en el abordaje que realiza de la discusión sobre el aborto que tuvimos en nuestro país, durante el 2018¹⁷. Dicha experiencia, según él, constituyó uno de los ejemplos más aleccionadores de nuestra historia reciente sobre el sentido y valor del diálogo inclusivo.

Ante todo, la demanda del reconocimiento del derecho al aborto comenzó en la sociedad. En efecto, en el contexto de movilizaciones de colectivos sociales, tales como el *Me too* o *Ni una menos*, desde la esfera pública informal empezó a exigirse el tratamiento de la ley de la interrupción voluntaria del embarazo,

GARELLA, Roberto. La derrota del derecho en América Latina. Siete tesis. Buenos Aires: Siglo XXI, 2020.

16 GARGARELLA, Roberto: “Presentación. Cinco movimientos de un debate inacabado. Sobre «La justicia constitucional de la democracia deliberativa», de Roberto Niembro”. En: NIEMBRO ORTEGA, Roberto. La justicia constitucional de la democracia deliberativa. Madrid: Marcial Pons, 2019, pág. 33.

17 Si bien se ha reflexionado bastante sobre los argumentos a favor de la interrupción voluntaria del embarazo, en este trabajo me limitaré a reflexionar una cuestión menos explorada: las lecciones que el proceso deliberativo e inclusivo ofrece para pensar nuestra cultura constitucional predominante. Dicho proceso es abordado por GARGARELLA, Roberto. El derecho como una conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran por fin al diálogo ciudadano. Versión Ebook. Buenos Aires: Siglo XXI, 2021, cap. 17.

que diversos grupos demandaban desde hacía décadas –sin perjuicio de luchas históricas, en el 2005 se inició la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito–.

Dicha demanda, a su vez, generó un debate con una extensión temporal y espacial de carácter extraordinario e inédito. En este sentido, la discusión se propagó, durante meses, por todo el país en diversos espacios –en los medios de comunicación digital, las redes sociales, las aulas, las plazas, las calles, los bares, etcétera–, entre grupos movilizadas a favor y en contra de la iniciativa.

Asimismo, este debate alcanzó una calidad y respeto notable. En tal sentido, miles de personas de diferentes latitudes y con diferentes experiencias, estatus socio-económico y trayectorias –estudiantes, académicos, juristas, médicos, mujeres que habían padecido abortos ilegales, mujeres violadas y obligadas a parir, trabajadoras sexuales, etcétera– explicitaron y debatieron, de forma pacífica y profunda sus perspectivas, problemas e intereses. Esto fue la contracara del Código Penal argentino, que fue sancionado en 1921 solo por hombres; es decir, con muchas voces que, pese a que debieron estar presente, fueron marginadas.

Pero el debate no quedó allí, sino que revirtió el bloqueo institucional de décadas y llevó a que el proyecto de la interrupción voluntaria del embarazo comenzara a debatirse en la Cámara de Diputados de la Nación, en 2018. De igual manera, en el Congreso Nacional continuó el extenso debate tanto entre los representantes políticos, así como también entre ellos y la sociedad. Aquí cabe destacar las múltiples audiencias públicas de libre acceso que tuvieron lugar en el Congreso Nacional durante más de dos meses, en las cuales pudo participar cualquier persona interesada con la sola inscripción previa.

Otro punto a destacar es que el debate sobre el aborto se desarrolló en un contexto de profunda división social. Pero el enfrentamiento entre las extracciones políticas no afectó significativamente el debate. De hecho, pese a tratarse de una cuestión profundamente controvertida, muchas personas que apoyaban a fuerzas políticas enfrentadas confluyeron en un acuerdo común.

Como resultado, entonces, el debate no solo consiguió promover el tratamiento legislativo de la iniciativa sobre la interrupción voluntaria del embarazo, sino que además el resultado fue que diversas personas que participaron del debate, así como también sus representantes, cambiaron, matizaron y sofisticaron sus posiciones.

Sin perjuicio del atractivo del debate, el Congreso Nacional rechazó la iniciativa. Pues, si bien la Cámara de Diputados de la Nación dio media sanción a la ley –con ciento veintinueve votos a favor, ciento veinticinco en contra y una abstención–, el Senado Nacional la rechazó –con treinta y ocho votos en contra, dos abstenciones, un ausente, y treinta y uno a favor.

Ahora bien, lo genuino e interesante del planteamiento de Roberto Gargarella es que “nada de lo anterior empaña ni puede ocultar lo extraordinario de lo ocurrido”: uno de los ejemplos más promisorios de nuestra historia sobre el sentido y valor del diálogo inclusivo¹⁸. En tal sentido, señala que la experiencia argentina en materia de aborto va “contra lo que la teoría pudo haber supuesto”¹⁹ y pone de manifiesto “las lecciones sobre aquello en que la doctrina y la política se han equivocado sistemáticamente”²⁰.

Puntualmente, las lecciones que dicho proceso ofrece, según el libro bajo análisis, para aproximar nuestra cultura constitucional al “ideal de la conversación entre iguales” pueden agruparse en las siguientes. *Primera*, la sociedad puede y quiere involucrarse en la participación directa, activa, comprometida, masiva, movilizadora e intensa en el manejo de sus asuntos fundamentales. *Segunda*, los debates públicos contribuyen a refinar nuestros desacuerdos o alcanzar acuerdos. *Tercera*, el debate público es posible aun en un contexto de desacuerdos radicales al interior de la sociedad, así como también en un contexto de asimetrías de poder para expresarse entre la sociedad y las corporaciones –tales como la iglesia, los medios de comunicación, etcétera–. *Cuarta*, frente a un desacuerdo profundo como es el suscitado por la regulación del aborto, no queda más que deliberar inclusivamente antes de adoptar una decisión. *Quinta*, en una sociedad de personas con igual dignidad política, más importante que decidir lo mejor “para” las personas sin derechos es debatir y decidir “con” ellas. En suma, estas razones que ofrece el libro de Roberto Gargarella nos ayudan a entender mejor por qué tiene valor el diálogo, por qué nos importa y qué nos puede aportar.

18 GARGARELLA, Roberto. El derecho como una conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran por fin al diálogo ciudadano. Versión Ebook. Buenos Aires: Siglo XXI, 2021, pág. 431.

19 Ídem.

20 Ídem.

4. La contingencia

Carlos Santiago Nino sostuvo que el derecho es una creación artificial. En sus palabras: "los derechos humanos son uno de los más grandes inventos de nuestra civilización [...] tales derechos son [...] 'artificiales', o sea que son, como el avión o la computadora, producto del ingenio humano"²¹. El carácter artificial del derecho nos remite a la noción de la contingencia. En palabras de Fernando Atria: "que el derecho sea contingente quiere decir que siempre puede ser de otro modo"²²; en la misma línea, José Luis Martí plantea que las normas son contingentes "porque han sido creadas por alguien en un momento determinado y podrían ser de otra manera"²³.

Por lo tanto, la noción de la contingencia nos recuerda que el sistema constitucional arroja decisiones sobre derechos cuyos contenidos pueden ser diversos. Es decir que, no disponemos de una institución que arroje inexorablemente la respuesta unívoca, verdadera, moralmente correcta y pre-constituida capaz de dar solución a los casos controvertidos. Este principio implica que los procedimientos de adopción de las decisiones sobre los derechos, por más extraordinarios que sean, pueden arribar no necesariamente a resultados que consideramos justos, sino también a resultados que consideramos injustos. Mientras más inclusiva sea la deliberación previa a una decisión particular, mayor será la probabilidad de considerar las perspectivas relevantes; pero esa probabilidad también es contingente.

21 NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. 2ª edición ampliada y revisada. Buenos Aires: Astrea, 1989, pág. 1. En una tónica similar, se plantea que el sistema institucional parte del "reconocimiento de que la esfera política no nace automáticamente siempre que los hombres viven juntos" (ARENDETT, Hannah. *On revolution*. Harmondsworth: Penguin, 1977, p. 19), sino que "la esfera política necesita estar artificialmente constituida" (ATRIA, Fernando. *La forma del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016, pág. 50). En la misma línea, la premisa de que el derecho es una creación artificial es sostenida por POSTEMA, Gerald. *Bentham and the Common Law Tradition*. New York: Oxford University Press, 1986, pág. 316; HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2008, pág. 176; entre otros trabajos.

22 ATRIA, Fernando. *La forma del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016, pág. 81.

23 MARTÍ, José Luis. *La república deliberativa: una teoría de la democracia*. Madrid: Marcial Pons, 2006, pág. 86.

Bajo estas circunstancias, mi argumento es que, pese a que Roberto Gargarella no la aborda explícitamente, la noción de la contingencia está latente en su obra. Por un lado, como vimos (2.), su teoría dialógica del constitucionalismo defiende el ideal regulativo de la deliberación continua y constante. Es decir que, concibe al constitucionalismo como un proceso que nunca debe detenerse, en el sentido de que las decisiones que se adoptan, con cierta independencia de los resultados que ellas alcanzan, siempre pueden rediscutirse a fin de tornarlas de otro modo. De manera tal que los contenidos de las decisiones son provisionales, por cuanto siempre pueden ser de otro modo y nunca se cierra la posibilidad de ofrecer mejores razones para persuadir a las personas de la necesidad de revertir las posiciones que consideramos erradas²⁴.

Por otro lado, como también vimos (3.), su reivindicación de la experiencia argentina en materia de aborto también corrobora cierta independencia con el contenido de la decisión del Senado Nacional que bloqueó la reforma. Aun a riesgo de redundancia, no quisiera dejar de expresar que Roberto Gargarella es un militante histórico por el derecho al aborto, pero –incluso frente a la decisión que adoptó el Senado Nacional– insiste en reivindicar el proceso de deliberación inclusiva que se llevó a cabo. Para él, más allá del resultado contingente de la decisión –desfavorable–, hay algo que sigue allí y merece destacarse: un procedimiento previo a la decisión que fue extraordinariamente democrático y deliberativo. Y, antes que apelar a revertir ese contenido mediante su sometimiento a la decisión de los tribunales o de un referéndum popular, sostuvo que la salida era continuar con el debate inclusivo. Así pues, ambos posicionamientos de Roberto Gargarella se muestran sensibles frente a la contingencia a la que se hallan atados los contenidos de las decisiones sobre los asuntos comunes. Al respecto, la

24 En términos similares, Robert Alexy admite que la democracia debe rechazar la aspiración a resultados que queden fijos de modo inamovible (ALEXY, Robert. *La construcción de los derechos fundamentales*. 1ª ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2012, pág. 83) y, por eso, considera que las normas son fundamentadas solo provisionalmente, es decir que son “falsables” en todo momento (ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, pág. 141). También José Luis Martí sostiene que el “principio de procedimiento continuo (ongoing)” es fundamental para la democracia deliberativa (MARTÍ, José Luis. *La república deliberativa: una teoría de la democracia*. Madrid: Marcial Pons, 2006, pág. 94).

teoría del profesor argentino asume que las decisiones jurídicas pueden arribar a resultados diversos, por ello, también a resultados que consideramos equivocados.

Pero, en su criterio, tomar en serio el ideal democrático deliberativo implica una disposición a convivir con resultados contingentes y, correlativamente, también con malas decisiones. En otras palabras, si como sociedad nos comprometemos con dicho ideal, entonces tenemos que estar abiertos a tolerar decisiones cuyos contenidos son contingentes. La ventaja de esto, según el planteamiento en análisis, estriba en que las decisiones democráticas y deliberativas, sean buenas o malas, gozarán de legitimidad.

No obstante, esa latente disposición en la obra de Roberto Gargarella a aceptar decisiones contingentes, a condición de que sus procedimientos de adopción sean legítimos, de ningún modo implica que como sociedad claudiquemos frente a lo que consideramos malas decisiones. Así pues, las decisiones sobre derechos, aunque contingentes, no deben quedar escritas sobre rocas inmunes a la transformación de las preferencias sociales. Tal como vimos, el ideal democrático deliberativo que él suscribe no admite la irreversibilidad de las decisiones o la oclusión del discurso. Dicho ideal exige que siempre permanezca abierta la posibilidad de revertir, mediante la discusión inclusiva, los acuerdos alcanzados con anterioridad. Pero, contra este ideal, el constitucionalismo fuerte dificulta la reversibilidad de las decisiones, particularmente a través de la defensa tanto del carácter rígido y contramayoritario de los mecanismos de reforma constitucional, así como también de la última palabra en manos de los tribunales.

En mi opinión, admitir la contingencia en el campo constitucional es importante, pues es necesario comprender que los derechos que tenemos o las decisiones que adoptamos sobre ellos son el producto o resolución contingente de nuestros desacuerdos. Admitir la contingencia nos lleva a repensar la idea tan arraigada en el constitucionalismo robusto de que son necesariamente los tribunales, y en última instancia la Corte Suprema, los que gozan de mejor posición institucional para garantizar siempre decisiones correctas sobre las cuestiones fundamentales; cuestiones sobre las cuales, según dicha idea, no habría profundos desacuerdos²⁵.

25 Quizás la obra más profunda sobre la relación entre derechos y desacuerdos es la de WALDRON, Jeremy.

Esta idea, en palabras de Jeremy Waldron, “es un insulto a la democracia”²⁶. Esas decisiones no solo son tomadas por personas que deliberan en secreto, que no tienen canales de diálogo inclusivo, que no son elegidas por la sociedad y que no disponen de limitación a períodos breves de tiempo en sus cargos, sino que con frecuencia esas decisiones suelen ocluir los procesos de discusión pública. Es decir, suelen bloquear la posibilidad de seguir debatiendo para revertir lo que consideramos malas decisiones sobre los asuntos que más nos importan. En tal sentido, Roberto Gargarella puntualiza el

“... error significativo [...] de pensar que hay una sola manera posible de proteger los derechos: a través de declaraciones de derechos estrictas y formas de control judicial tradicionales. Este malentendido se expresa en la idea de que solo un esquema contramayoritario puede servir para asegurar dicha protección. Ello implica pensar que la única manera de tomar en serio los derechos es la de socavar, de un modo u otro, el contenido democrático del constitucionalismo”²⁷.

Roberto Mangabeira Unger, en términos similares, ha denunciado que uno de los “oscuros secretos” de nuestra cultura constitucional consiste en “la incomodidad con la democracia”, que se manifiesta en la “hipertrofia de prácticas e instituciones contramayoritarias”²⁸.

Esta cultura constitucional “juristocrática”²⁹, puede explicarse a partir de la idea de desconfianza³⁰. Según esa idea, la sociedad no quiere o no está suficientemente capacitada para intervenir en los procesos de toma de decisiones políticas.

Derecho y desacuerdos. Barcelona: Marcial Pons, 2005, pág. 23.

26 WALDRON, Jeremy. Derecho y desacuerdos, Op. cit.

27 *Ibidem*, pág. 32.

28 UNGER, Roberto Mangabeira. *What Should Legal Analysis Become*. London: Verso, 1996, págs. 72–73.

29 La expresión pertenece a HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, pág. 1.

30 GARGARELLA, Roberto. *El derecho como una conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran por fin al diálogo ciudadano*. Versión Ebook. Buenos Aires: Siglo XXI, 2021, pág. 23.

Para dicha mirada, de nuevo, el razonamiento, garantía y avance en materia de derechos debe quedar necesariamente en manos de la jurisdicción constitucional. Por cuanto su posición institucional, caracterizada por la distancia de la sociedad y de las restantes ramas de gobierno, reduce la contingencia, brinda estabilidad y asegura adjudicaciones sobre derechos racionalmente correctas.

En este marco, Fernando Atria enfatiza que:

“... (l)a necesidad de una teoría del derecho que rescate la contingencia [...] del derecho moderno es particularmente aguda en la actualidad cuando empieza a consolidarse un paradigma alternativo llamado [...] “neo-constitucionalismo»”³¹.

Como se sabe, entre otros rasgos, el neoconstitucionalismo se caracteriza por la defensa tanto del control de constitucionalidad con supremacía judicial, por distinguir entre derecho y poder o política, por minimizar los desacuerdos en el derecho y por apelar a cierto objetivismo moral³².

Ahora bien, para Fernando Atria:

“... (n)o tiene sentido que, con nostalgia por un orden natural pre-moderno, no-contingente, busquemos anclar nuestras prácticas políticas en algo que no dependa de nuestras prácticas [...] La contingencia de la política es lo que hace posible la libertad. Pero la contingencia de la política a veces atemoriza, en particular a comunidades políticas que han quedado traumatizadas [...] después de haber sufrido las consecuencias de esta contingencia, de que las cosas siempre puedan ser de otro modo, incluso del peor modo posible. Entonces se deja oír el canto de sirena del neo-constitucionalismo, la promesa de que es posible encontrar algo no contingente, algo que puede atarnos cuando el conflicto político se decida de modos que a nosotros nos parecen inconvenientes e incluso perversos. Es entonces cuando queremos poder volvernos hacia algo que no dependa

31 ATRIA, Fernando. *La forma del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016, pág. 27.

32 Sobre los rasgos y críticas al neoconstitucionalismo, puede verse ALTERIO, Ana Micaela. *Entre lo neo y lo nuevo del constitucionalismo latinoamericano*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2020.

del contingente resultado de las escaramuzas libradas en el campo de batalla de la política del poder, algo que esté siempre ahí. Pero esta es una nostalgia infantil, del *sui juris* que añora la seguridad que le daba el hecho de ser *alieni juris*³³.

Contrariamente, desde miradas juriscéntricas, la cuestión atinente a *quién y cómo se decide* queda absorbida por la cuestión atinente a *qué se decide*³⁴. Las decisiones son válidas no porque siguen un específico procedimiento, sino solo por ser sustantivamente correctas³⁵. La pregunta institucional se reduce a la fundamentación moral del contenido de la resolución no–contingente que adopta la jurisdicción constitucional, a la vez que omite toda consideración de la cuestión relativa a la legitimidad. Por eso puede colegirse que estas miradas son monológicas y tienen como implicación un modelo de constitucionalismo fuerte, que posee un déficit de legitimidad y nos conduce a “la paradoja de la irrelevancia moral de la democracia”³⁶.

En cambio, entender el derecho como una creación artificial y contingente nos lleva a las cuestiones institucionales que atañen a quién y cómo debe crearse y aplicarse dicho derecho. Bajo esta perspectiva, se pone de relieve la relación entre el derecho y el poder o, en palabras de Roberto Gargarella, la “sala de

33 ATRIA, Fernando. *La forma del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016, págs. 344–345.

34 Uno de los planteamientos más sugerentes sobre este tema es el de Juan Carlos Bayón, quien critica que las decisiones sean evaluadas solo por los resultados más justos que es probable que produzcan. Para él, las decisiones que pueden arrojar los sistemas institucionales no solo deben evaluarse en función de su *valor instrumental*, esto es, la idoneidad o probabilidad de arrojar buenos resultados –*qué se decide*–, sino también e independientemente por su *valor intrínseco*, esto es, la legitimidad o cualidad de los procedimientos decisorios, esto es, las cualidades del procedimiento –*cómo se decide*– (BAYÓN, Juan Carlos. “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”. En: CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010).

35 En un sentido similar, eso le critica al neoconstitucionalismo ATRIA, Fernando. *La forma del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016, pág. 70.

36 NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Buenos Aires: Gedisa, 1997, págs. 187–188.

máquinas"³⁷. En tal sentido, para él, derecho y democracia son dos campos indisociables:

“... cuando reconocemos que los derechos son resultado de la política democrática [...] tenemos que advertir de inmediato que el mejor servicio que podemos hacer por esos derechos –si es que nos interesan– es pelear para asegurar en nuestra sociedad una organización radicalmente más democrática”³⁸.

De modo tal que, según esta teoría constitucional, el derecho debe crearse, interpretarse y aplicarse a partir de una “conversación entre iguales” y, a su vez, ese derecho debe promover una “conversación entre iguales”.

De hecho, como plantea Roberto Gargarella:

“... existen diversas formas disponibles de proteger los derechos, y no todas requieren resignar nuestros básicos reclamos democráticos [...] podemos preservar en el centro del proceso de toma de decisiones el diálogo democrático y seguir comprometidos con procedimientos que nos ayuden a esa protección”³⁹.

Así pues, experiencias tales como la despenalización del aborto en Argentina, junto con otras similares del derecho comparado –tales como el referéndum de Suiza en 2002, el referéndum de Portugal en 2007, la ley de Uruguay en 2013 y la asamblea ciudadana junto con el referéndum de Irlanda en 2018– muestran que la sociedad y sus representantes políticos también pueden razonar, proteger y avanzar en materia de derechos. Pero con un importante refuerzo adicional, esto es, mayor legitimidad democrática que las resoluciones de los tribunales.

37 Sobre esta expresión, que alude a la organización del poder en las partes dogmáticas de las constituciones, puede profundizarse en GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz Editores, 2014.

38 GARGARELLA, Roberto. *El derecho como una conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran por fin al diálogo ciudadano*. Versión Ebook. Buenos Aires: Siglo XXI, 2021, pág. 310.

39 *Ibidem*, pág. 32.

Ahora bien, es necesario hacer dos aclaraciones. Por un lado, las críticas anteriores no implican sostener que los tribunales no puedan tomar buenas decisiones —pienso, por ejemplo, en la sentencia “F.A.L.”⁴⁰ que implicó un paso más hacia la despenalización del aborto—. La enseñanza es más modesta y solo señala que la confianza debe depositarse principalmente en la democracia, entendida en términos de debate inclusivo, en particular con las personas y colectivos sociales más afectados —en el caso del aborto, las mujeres y personas con capacidad de gestar—, antes que en un grupo alejado y experto que se halla en una posición institucional supuestamente idónea para asegurar siempre la justicia.

Por otro lado, las críticas anteriores tampoco llevan a sostener que las decisiones de la sociedad o sus representantes políticos no son contingentes y siempre aciertan. Por el contrario, aquí también tiene cabida la contingencia y, correlativamente, las decisiones democráticas también pueden arrojar resultados que consideramos injustos. Si retomamos el caso del aborto en Argentina a partir de las premisas anteriores, advertimos que el Senado Nacional efectivamente tomó lo que algunos consideramos una mala decisión.

Desde esta óptica, en definitiva, ningún grupo, persona o institución a solas basta para asegurar la corrección de una decisión o la consideración de la información y perspectivas relevantes sobre un tema particular. Además, la aspiración a reducir la contingencia, mediante el establecimiento de “cotos vedados”⁴¹ o “contenidos indecibles”⁴² para la sociedad y sus representantes políticos, socava el ideal democrático y deliberativo. Pues no solo que los tribunales adoptan decisiones contingentes, sino que, además, frente a una sentencia que consideramos incorrecta, una de las principales salidas que el sistema constitucional fuerte con primacía judicial ofrece es la reforma constitucional. Sin embargo, dado que su mecanismo de reforma es rígido y súper-mayoritario (art. 30 de la CN), dicha reforma es muy difícil e improbable.

En cambio, si orientamos el constitucionalismo hacia un continuo proceso

40 SCJN. “F.A.L. s/ Medida autosatisfactiva”. 13/3/2012. Fallos: 335:197.

41 La noción del “coto vedado” pertenece a GARZÓN VALDÉS, Ernesto. “El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías”. *Isonomía*. 2000, 12, págs. 20-34.

42 La noción de la “esfera de lo indecible” es de FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995, pág. 102.

democrático y deliberativo, como lo propone Roberto Gargarella, siempre tendremos revancha frente a decisiones que consideramos injustas. Así pues, el foro democrático siempre nos permitirá intentar revertir, mediante nuevos argumentos, las decisiones adoptadas previamente por otras que consideramos más justas. La enseñanza de esto, en sus palabras, es que "ser un demócrata principista o consecuente no requiere pasar a ser un enemigo de los derechos"⁴³. Esto, al final, implica que el constitucionalismo, antes que pensarse como un principio opuesto a la democracia, puede vincularse armónicamente con ella y puede ser sensible a su contingencia.

5. Palabras finales

El reciente libro "El derecho como una conversación entre iguales" ofrece una teoría detallada y sistemática del constitucionalismo dialógico, que agrupa en un solo texto a muchas investigaciones que Roberto Gargarella viene realizando desde hace varias décadas.

La teoría que el libro propone es normativa porque, como vimos, asume un exigente ideal regulativo que se orienta al servicio de la deliberación democrática. Pero, como también vimos, a partir de su estudio sobre el caso del aborto en Argentina, dicha teoría está preocupada por "los principales dramas de nuestra era"⁴⁴.

43 *Ibidem*, p. 33. En sentido similar, Nino criticaba que: "A veces son los propios defensores de los derechos humanos los que rehúyen la discusión. Ellos asumen que es posible tomar partido por la consagración práctica de esos derechos sin encarar la engorrosa cuestión de las razones que fundamentan moralmente la necesidad de esa consagración. Pero esto es un error: esa toma de posición es de índole moral y si no se la justifica con razones queda inerte frente a la adopción de posiciones opuestas. Por otra parte, no se trata sólo de optar entre una posición que reconoce y otra que desconoce los derechos del hombre: se trata de determinar también cuáles son esos derechos que deben ser reconocidos y qué alcance debe asignárseles, cosa que no puede zanjarse de otra forma que no sea 'a través de la discusión racional en el plano de la filosofía moral'" (NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. 2ª edición ampliada y revisada. Buenos Aires: Astrea, 1989, pág. 5).

44 GARGARELLA, Roberto. *El derecho como una conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran por fin al diálogo ciudadano*. Versión Ebook. Buenos Aires: Siglo XXI, 2021, pág. 520.

Uno de los principales objetivos, de la teoría de Roberto Gargarella –en general– y de su análisis de la despenalización del aborto –en particular–, consiste en mostrar que otra cultura constitucional es posible: una que se despoje de aquellas concepciones tan internalizadas según las cuales la sociedad y el parlamento no desean o no pueden razonar, proteger y avanzar en materia de derechos fundamentales.

En este sentido, es necesario aclarar que la discusión del aborto en Argentina no terminó cuando una mayoría contingente en el Senado Nacional bloqueó la interrupción voluntaria del embarazo en 2018, sino que siguió activa después de que el libro de Roberto Gargarella ingresara a la editorial para ser publicado. Así pues, luego de 2018, la discusión continuó para convencer a quienes se oponían a la reforma. Como resultado, el Congreso Nacional, con su renovada integración –fruto de las elecciones celebradas–, comenzó a debatir nuevamente la cuestión y, finalmente, dio sanción definitiva a la iniciativa en 2020.

Por lo tanto, este proceso tuvo un final fabuloso en términos no solo de ampliación de derechos, sino también de elaboración, exposición y transformación en la esfera pública de las opiniones de personas y colectivos sociales que generalmente no tienen voz en los centros de toma de decisiones. En fin, el reciente proceso implicó un triunfo, también para una teoría dialógica del constitucionalismo y de la democracia, pues quedó en claro que ella es posible.

6. Bibliografía

- ALEXY, Robert. *La construcción de los derechos fundamentales*. 1ª ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2012.
- ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- ALTERIO, Ana Micaela. *Entre lo neo y lo nuevo del constitucionalismo latinoamericano*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2020.
- ARENDT, Hannah. *On revolution*. Harmondsworth: Penguin, 1977.
- ATRIA, Fernando. *La forma del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- BAYÓN, Juan Carlos. “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”. En: CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010.

- BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianapolis. New York: Bobbs-Merrill, 1962.
- BOHMAN, James. "Survey Article: The Coming of Age of Deliberative Democracy". *Journal of Political Philosophy*, 1998, Vol. 6, núm. 4.
- HOGG, Peter y BUSHILL, Allison. "The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures". *Osgoode Hall Law Journal*, 1997, Vol. 35, núm. 1.
- ELY, John. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.
- GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz Editores, 2014.
- GARGARELLA, Roberto. "We the People" Outside the Constitution: The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances". *Current Legal Problems*. 2014, Vol. 67, núm. 1.
- GARGARELLA, Roberto. "La revisión judicial en democracias defectuosas". *Brazilian Journal of Public Policy*, 2019, Vol. 9, núm. 2.
- GARGARELLA, Roberto: "Presentación. Cinco movimientos de un debate inacabado. Sobre 'La justicia constitucional de la democracia deliberativa', de Roberto Niembro". En: NIEMBRO ORTEGA, Roberto. *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*. Madrid: Marcial Pons, 2019.
- GARGARELLA, Roberto. *La derrota del derecho en América Latina. Siete tesis*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2020.
- GARGARELLA, Roberto. *El derecho como una conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran por fin al diálogo ciudadano*. Versión Ebook. Buenos Aires: Siglo XXI, 2021.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto. "El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías". *Isonomía*, 2000, núm. 12.
- GHOSH, Eric. "Deliberative Constitutionalism: An Empirical Dimension". En: LEVY, Ron; KONG, Hoi; ORR, Graeme; y KING, Jeff (Eds.). *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2008.
- HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- LEVY, Ron y KONG, Hoi. "Introduction: Fusion and Creation". En: LEVY, Ron; KONG, Hoi; ORR, Graeme; y KING, Jeff (Eds.). *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

- MARTÍ, José Luis. *La república deliberativa: una teoría de la democracia*. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. 2ª edición ampliada y revisada. Buenos Aires: Astrea, 1989.
- NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Buenos Aires: Gedisa, 1997.
- POSTEMA, Gerald. *Bentham and the Common Law Tradition*. New York: Oxford University Press, 1986.
- TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. New Jersey: Princeton University Press, 1999.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *What Should Legal Analysis Become*. London: Verso, 1996.
- WALDRON, Jeremy. "A Right-Based Critique of Constitutional Rights". *Oxford Journal of Legal Studies*, 1993, núm. 13.
- WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Barcelona: Marcial Pons, 2005.