

RLFP

Revista
Latinoamericana de
Filosofía
Política

Centro de Investigaciones Filosóficas

ISSN 2250-8619 • Vol. XI • N° 4 • 2023 • Buenos Aires • Argentina

REPENSAR EL TRAZO GRUESO DE NUESTRO PACTO DEMOCRÁTICO

Juan Iosa – Cristian Quinteros

PRESENTACIÓN AL

SIMPOSIO

El derecho como una conversación entre iguales

de Roberto Gargarella

REPENSAR EL TRAZO GRUESO DE NUESTRO PACTO DEMOCRÁTICO

JUAN IOSA

IDEJUS-CONICET-UNC

Universidad Siglo 21

juanfiosa@gmail.com

CRISTIAN QUINTEROS

UNC

cristian.quinteros.1997@gmail.com

RESUMEN

Presentamos las principales razones que nos motivaron a discutir colectivamente *El Derecho como una Conversación entre Iguales*, de Roberto Gargarella: su convocatoria a ejercer la imaginación constitucional, su mirada radicalmente divergente de la tradición dogmática latinoamericana, su angustia, que tanto compartimos, por la situación de nuestras democracias. Luego presentamos los que a nuestro juicio son algunos de los principales ejes temáticos del libro. A modo de inicio de la conversación introducimos algunas críticas que anticipan las de nuestros colegas. Otras van por nuestra cuenta. Aquí algunas: la insuficiencia, al menos expositiva, del ideal de la conversación entre iguales; la falta de arraigo de sus diagnósticos y remedios en una economía política adecuada a nuestros tiempos; nuestra insatisfacción con su lectura de la crisis de la democracia meramente (o principalmente) en términos de crisis de la representación política.

Palabras clave: Roberto Gargarella; Dogmática Constitucional, Crisis de la Representación, Crisis de la Democracia, Conversación entre Iguales.

ABSTRACT

We present the main reasons that led us to invite our colleagues to discuss “El derecho como una conversación entre iguales” (The Law as a Conversation among Equals) by Roberto Gargarella: his call to exercise constitutional imagination, his constitutional view, so radically divergent from Latin-American tradition, and his anguish, that we so much share, for the situation of our democracies. We then outline what we consider to be some of the key thematic axes that the book calls for discussion. As a starting point for the conversation, we introduce some critiques raised by our colleagues. Others are our own. Some of them are the inadequacy, at least in terms of exposition, of the ideal of conversation among equals, the lack of grounding of its theses in a political economy suitable for our times, and our dissatisfaction with his diagnosis of the crisis of democracy barely (or chiefly) in terms of a crisis of political representation.

Keywords: Roberto Gargarella; Constitutional Theory, Crisis of Representation, Crisis of Democracy, Conversation among Equals.

1. ¿Por qué?

Hasta donde tenemos noticia, este dossier es el tercero dedicado al libro de Roberto Gargarella, *El derecho como una conversación entre iguales* (Gargarella, 2021, 33).¹ Los dos primeros salieron muy cerca de su publicación.² Este, en cambio,

1. En adelante las citas al libro de Roberto aquí discutido referirán solamente a las páginas correspondientes.

2. El dossier de la *Revista Derecho del Estado* <<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/issue/view/615>>, coordinado por Donald Bello Hutt, Francisca Pou Giménez, Jorge Ernesto Roa Roa, está enfocado en la obra de Gargarella en general, antes que en el libro aquí discutido; sin embargo dialoga constructivamente con el nuestro. El de la *Revista Repùblica y Derecho* <<https://revistaryd.derecho.uncu.edu.ar/index.php/revista/issue/view/10>>, a cargo de Nicolàs Emanuel Olivares y Cintia Bayardi Martínez, tiene, en cambio, un objetivo muy similar.

llega dos años después, cuando la novedad ha dejado de ser tal. Su producción nos ha llevado año y medio largo. En junio de 2022 nos reunimos a discutirlo con un grupo de colegas en Córdoba, Argentina. De allí surgió esta iniciativa de publicar los resultados de esa conversación, sumando además a otros académicos que tenían cosas más que interesantes que decir. Es, digamos, el fruto de una reflexión meditada, de un trabajo colectivo que ha madurado en el tiempo.

¿Por qué discutir el libro de Roberto? Es un texto complejo y ambicioso, de hecho hay muchas más razones para discutirlo que las que podemos evocar en estas páginas. Así y todo, quisiéramos señalar algunas. Primero, porque es un libro escrito desde la angustia por la situación de nuestras instituciones públicas y, en última instancia, por el estado de la democracia en nuestros países, de la democracia Argentina particularmente. No importa cuales sean nuestras afinidades partidarias, la mayoría de nosotros acordará en que hay algo que está profundamente estancado, trabado (por pudor nos abstenemos de parafrasear a Shakespeare), en nuestras instituciones políticas y, por ende, en nuestras sociedades. Qué sea lo que allí está mal, es algo que requiere un diagnóstico sobre el que bien podemos desacordar. Roberto tiene el suyo y es el hilo conductor de su libro. Todo su argumento se desarrolla entre este diagnóstico, la explicación de cómo hemos llegado a nuestro actual predicamento, la descripción de los rasgos de nuestras instituciones que alimentan el problema diagnosticado y su propuesta para superarlo. Todo el planteo es una invitación a la ciudadanía en general, y en particular a los actores más comprometidos con las instituciones públicas, a ejercitar nuevamente nuestra aletargada imaginación constitucional, a repensar nuestras instituciones básicas en clave democrática. Roberto se dedica a pensar intensamente los dramas de la época. Y lo hace en un momento en que muchos de nosotros, habiendo perdido nuestras claves tradicionales de orientación política, estamos ávidos de marcos interpretativos que nos permitan encontrar un nuevo norte.

Segundo, porque tenemos la tendencia a naturalizar nuestras instituciones básicas. Las pensamos como dadas, como algo que o bien meramente hay que aplicar o, en todo caso, maquillar con reformas menores; no como el fruto de contiendas políticas fortísimas, batallas muchas veces decididas a punta de pistola y, por lo tanto, tan parciales, tan tendientes a incorporar ciertas instituciones bajo ciertas formas y a excluir otras, como lo ameritaba la relación de fuerzas políticas del momento. Roberto, mediante su análisis, sobre todo mediante su historización de los momentos fundantes del constitucionalismo, nos permite desnaturalizar las instituciones que de hecho tenemos, verlas como fruto de un proyecto que en su momento se impuso sobre sus competidores pero que tal vez no sea ya el nuestro, no el mejor que podamos imaginar, uno que quizás bien valdría cambiar en bien de todos.

Tercero, porque, en tanto constitucionalista, Gargarella tiene una aproximación a la constitución y a las instituciones jurídicas en general muy distanciada de la dogmática constitucional tan en boga hasta hace pocos años, que la mayoría de nosotros asume como natural y en la que aún hoy muchos estudiantes son formados. Cabría incluso, tal como señala Mariela Puga en su aporte, hablar derechamente de ruptura con sus presupuestos. Roberto no hace un mero comentario de lo instituido. Más bien se preocupa por en qué medida aquello que está instituido nos ayuda a resolver nuestros dramas cotidianos. Esto es lo que le preocupa: el modo en que llevamos adelante nuestra vida colectiva. Hace foco justamente en las situaciones en que identifica que nuestras actuales instituciones ya no responden a nuestras necesidades comunes. Se pregunta por qué esto sucede y sobre todo cómo debemos solucionarlo. Es decir, pone un ojo en aquello que hay que abandonar, dejar de lado, derogar, y el otro en lo que hay que construir, en lo nuevo que nos toca hacer nacer. Ambas tareas requieren una argumentación que va desde la revisión de los principios en que se asientan nuestras instituciones actuales y en los que se deben asentar las futuras

hasta, en el caso de estas últimas, los detalles más específicos de su diseño.

A la luz de estas preguntas (qué ya no nos sirve en nuestras instituciones básicas y cómo debemos solucionarlo) Roberto nos ayuda a ver el debate entre liberales y republicanos como una discusión sobre si los principios estructurantes de nuestras instituciones básicas deben estar guiados por la confianza o por la desconfianza hacia la democracia: sobre cuánto peso darle a la voz del pueblo en las decisiones públicas y, por lo tanto, si favorecer instituciones de democracia participativa o dejarlo todo en manos de nuestros representantes, sobre si privilegiar los controles internos sobre los externos, sobre si los jueces deben o no tener la última palabra en lo que respecta al control de constitucionalidad de las leyes, etc.

Además el libro hace algo que nos encanta: cuenta una historia. La historia de la relación entre democracia y constitución, de cómo hemos llegado a tener constituciones contramayoritarias y el efecto que eso tuvo en la vida pública de nuestros países. Nos relata, en otras palabras, el desarrollo de nuestras instituciones fundamentales, con los rasgos que les son característicos, dentro del contexto histórico en el que surgieron. Esto nos habilita una comprensión que no la da el mero desarrollo teórico de la estructura constitucional.

2. Los ejes de nuestra discusión

Quisiéramos ahora presentar algunos de los principales temas que discute el libro y que rediscuten los autores de este dossier. Roberto deja muchísimas cuestiones abiertas a la reflexión, el libro comienza una conversación en lugar de cerrarla. Lo mismo se puede decir de su respuesta a las críticas aquí reunidas, el capítulo final de este intercambio: son, como ya el título lo indica, primeros argumentos, reflexiones iniciales ajenas a cualquier clausura. Aquí tomamos la misma senda: estos son algunos de los temas que nos parecen

importantes; hay, por supuesto, muchos otros. Y sobre ellos agregamos algunos párrafos, algunas ideas tentativas, con el solo ánimo de contribuir a esta conversación en desarrollo. Si en algún momento adoptamos un tono categórico pedimos por favor la gentileza de leerlo como un mero dispositivo retórico.

A pesar de su controvertido título (el derecho, con su proverbial pretensión de autoridad, no es una conversación entre iguales) no estamos ante un libro de teoría del derecho. Por el contrario, tal como resalta Sebastián Torres en su texto, está dedicado a revisar la relación entre democracia y constitución y a sostener la tesis de que nuestras constituciones son estructuras tendencialmente antidemocráticas, que por lo tanto tenemos que modificarlas a los fines de dar mayor cabida a la participación ciudadana. En su aporte, Cristina Lafont reconstruye la problemática que aborda el libro en los siguientes términos:

[E]l libro lleva a cabo tres tareas: 1) interpreta el ideal democrático en términos de la idea de una conversación entre iguales y ofrece criterios y condiciones que nuestras instituciones deben cumplir para satisfacer dicho ideal; 2) ofrece un diagnóstico de los déficits democráticos de las democracias actuales retrotrayéndolos a rasgos estructurales del diseño institucional original que se estableció en el siglo XVIII y que todavía prevalece en las democracias constitucionales contemporáneas y, por último, 3) ofrece algunas reformas institucionales que permitirían acercar las democracias contemporáneas al ideal democrático de la conversación entre iguales.

3. El ideal regulativo

En lo que resta de nuestra presentación seguiremos el orden propuesto por Cristina. Analicemos mínimamente entonces la primera cuestión ¿En qué consiste y qué demanda el ideal de la conversación entre iguales? Al respecto dice Roberto:

Me refiero precisa y fundamentalmente a eso: al diálogo que podemos y debemos tener, con quienes nos rodean, acerca del modo en que queremos vivir, y en torno a los principios y las reglas que van a definir u organizar nuestra vida en común. Nada extraño, nada misterioso. Lo elemental, lo obvio, lo básico: cuando surgen diferencias entre nosotros, cuando asoman los conflictos, tratamos de ponernos de acuerdo, de conversar entre todos en búsqueda de una salida (33).

Me imagino que el lector acordará con nosotros en que la caracterización del ideal es bastante escueta, aun si le sumamos otras enunciaciones dispersas a lo largo del libro (particularmente las de las pp. 267 – 272). Tal como indican Alicia Lissidini y Carolina Ovares Sánchez, si bien Gargarella establece requisitos para la validez³ de la conversación (igualdad, asunción del hecho del desacuerdo, inclusión, deliberación, carácter

3. Aunque, en lugar de “validez”, él habla de “cuestiones teóricas fundamentales planteadas por la conversación entre iguales..., de sus partes esenciales, definitorias” (35). En cualquier caso parecen ser criterios para distinguir cuándo estamos ante una conversación entre iguales y cuándo no. Y de aquí sin duda han de seguirse consideraciones respecto al respeto que merece lo decidido luego de la conversación. Este último punto también es importante: normalmente entendemos que la decisión misma no es parte del diálogo sino que marca su cierre. Roberto, en cambio, en el c. 17 de su libro, luego de contarnos el amplio diálogo ciudadano que se dio en Argentina con motivo de la votación de la ley de interrupción voluntaria del embarazo en 2018, se pregunta “por qué tiene valor el diálogo, por qué nos importa y qué nos puede aportar. Frente a desacuerdos de este tipo (como los relativos al aborto) los defensores de una postura dialógica sostenemos que 1) es importante tomar una decisión que 2) sea deliberativa y 3) inclusiva. A una decisión deliberativa e inclusiva la llamaremos aquí “diálogo” (267). Aquí hay un problema. Pues si bien Gargarella está estipulando el significado que le dará a la palabra, es una estipulación muy contraintuitiva, muy contraria a su significado ordinario. En nuestro uso corriente, por “diálogo” entendemos el intercambio de opiniones, la deliberación. Cuando se toma una decisión se acabó el diálogo. En otras palabras diálogo y decisión son términos excluyentes. Si uno introduce la decisión en el diálogo cambia todo el panorama de un modo que no es seguro que sea legítimo cambiarlo.

público del debate, diálogo abierto e inacabado -35 – 39), no lo hace con una precisión metodológica tal que sea fácil determinar si los considera exhaustivos ni cuál es exactamente su contenido. Efectivamente, quedan muchas cuestiones abiertas. ¿Qué tipo de teoría de la legitimidad democrática presupone? Asumamos, como hace Leticia Morales y es a la vez sugerido por la idea de conversación, que estamos ante un teórico procedimentalista, a alguien a quien le importa el cómo antes que el qué de la decisión. Pero el procedimiento ¿es instrumental o intrínsecamente valioso? En otras palabras, ¿por qué importa la conversación? ¿Porque nos permite obtener mejores resultados vía el mayor conocimiento surgido del intercambio de opiniones (y entonces vuelve a ganar peso el qué) o porque así se respeta la igual dignidad de todos? ¿Y bajo qué criterios exactamente podemos identificar una conversación como “entre iguales”? ¿Basta un criterio meramente formal o, tal como sostienen Mariela Puga y Leticia Morales en sus aportes, necesitamos un concepto más denso de igualdad? ¿Y qué aporta exactamente la participación inclusiva? ¿Qué sucede cuando todos los afectados han participado en el diálogo y han tomado por mayoría una decisión que, sin embargo, pone en entredicho la misma posibilidad de algunos de participar en pie de igualdad (estoy pensando, con Leticia, en la hipótesis de las mujeres a las que se les niega democráticamente el valor económico de sus tareas de cuidado)? ¿Y cuándo una conversación entre iguales tiene capacidad de crear derecho? En otras palabras, ¿es legítima y vinculante cualquier decisión en que todos participan y cuentan con un voto? ¿Y cómo es que la participación informal, por fuera de las instituciones, contribuye a la toma de decisiones legítimas? (tengo en mente el caso bandera de Roberto, la discusión sobre la criminalización del aborto en Argentina). Estas y muchas otras preguntas requieren de respuestas precisas que este dossier quisiera convocar.

Permítannos profundizar sobre esta cuestión. Como acabamos de ver, en cuanto a los supuestos del diálogo, Gargarella se refiere, entre otros, a que es de suponer que los participan-

tes desacuerdan sobre qué decisiones hay que tomar, a que la conversación debe ser inclusiva de todas las personas potencialmente afectadas (como bien señala Alba Ruibal el libro de Roberto es un gran alegato en favor de la inclusión de dispositivos de participación ciudadana en todo el entramado institucional), y a que debe tener carácter deliberativo, pues el intercambio de razones favorece la posibilidad de que tomemos decisiones “más imparciales, más respetuosas de los diversos puntos de vista” (37). Ahora bien, cabe preguntarse, como lucidamente hace Mariano Garreta Leclercq en su ensayo, por qué es tan importante el diálogo, qué aporta exactamente. Una respuesta tradicional es que la deliberación tiene valor epistémico, ayuda a identificar las respuestas correctas. Ahora bien, obsérvese que si, junto a Waldron, reconocemos que el desacuerdo es una circunstancia irreductible de la política, no superable mediante el diálogo, es decir, que luego del diálogo no necesariamente confluiremos en una respuesta aceptable para todos, es bien difícil explicar en qué consiste ese aporte. Aun si hubiera respuestas correctas y aun si la conversación ayudara a un subgrupo, la mayoría, a identificarlas, persistiría el desacuerdo: siempre habrá otro subgrupo, la minoría, a quien el diálogo no habrá convencido acerca de la corrección de la respuesta mayoritaria. ¿Por qué no pasar entonces a votar y decidir directamente por mayoría? Total no nos vamos a convencer mutuamente.

¿Es, en todo caso, la respuesta típica del deliberativismo epistémico, la respuesta de Gargarella? Mariano, al menos tal como yo lo leo, afirma que tal es el caso. Hay sustento bibliográfico para ello. Al desarrollar las razones por las que nos importa el diálogo, Gargarella afirma que “... en una sociedad plural, marcada por el hecho del desacuerdo y compuesta por personas idénticas en cuanto a su dignidad, la decisión sobre cuestiones de interés común (deben) ser debatidas y resueltas por todos. Como afirmó Michael Sandel *sólo podemos alcanzar el bien común deliberando con nuestros conciudadanos acerca de los propósitos y fines que nuestra comunidad política me-*

rece alcanzar” (268). El diálogo sería entonces necesario para identificar la respuesta correcta respecto de aquello en que consiste el bien común. Pero si esta es la respuesta de Roberto ¿cómo enfrenta la gran mayoría de casos en que dialogamos y no nos ponemos de acuerdo? ¿Cuál es en ellos exactamente el aporte del diálogo?

Hay frases que apuntan en otra dirección. Un par de párrafos después del recién citado Gargarella afirma: “*En una sociedad de iguales, en la que todos nos encontramos unidos, sobre todo por nuestra igual dignidad moral –en la que todos merecemos el mismo respeto–, la voz de cada uno importa y debe ser contada a la par*” (268). Tal vez entonces el diálogo importa por razones intrínsecas, no instrumentales. Pero acto seguido, en el próximo párrafo, nuestro autor nos dice que “[L]a inclusión de puntos de vista diversos, opuestos en estos casos es crucial para decidir con la información más completa...” (269). Vemos entonces un vaivén entre intuiciones de carácter intrínseco e intuiciones instrumentalistas sobre el valor del diálogo. Tal vez no haya contradicción aquí: el diálogo bien puede ser valioso por ambas razones. En cualquier caso necesitamos más claridad sobre el punto.

Por último, permítasenos subrayar que Roberto habla de imparcialidad, antes que de corrección, de las decisiones tomadas deliberativamente (de hecho, subraya este punto en su respuesta a Mariano). Ahora bien, la imparcialidad lo es meramente en el sentido de que el diálogo inclusivo es respetuoso de los diversos puntos de vista, los toma a todos en cuenta. Aun si concedemos que la decisión es imparcial en este sentido, debemos reconocer que, a menos que se decida por unanimidad, siempre habrá una minoría descontenta con la decisión. Para quienes están en desacuerdo con la decisión adoptada (los provida, por ejemplo, cuando se adoptó la ley de interrupción voluntaria del embarazo en Argentina), esta no es ni puede ser en absoluto imparcial; por el contrario, toma todo el partido que se puede tomar. Por eso se identificarán como perdedores. A nuestro juicio entonces, Roberto aportaría mucho si afinara

sus argumentos respecto del valor del diálogo inclusivo, de la conversación entre iguales como ideal regulativo. El libro entero descansa sobre este valor.

4. Déficit democráticos

Pasemos ahora a la segunda cuestión: el diagnóstico de los déficits democráticos de nuestras instituciones básicas. Aun si nos advierte que no hay que confundir los problemas de la democracia con los del constitucionalismo,⁴ que el mayor problema es la democracia, las críticas gargarellianas en este sentido se refieren tanto al sistema de frenos y contrapesos como al de representación política. Para dar cuerpo a ambas, Roberto analiza su diseño institucional original en el siglo XVIII y afirma la continuidad de los rasgos elitistas y antidemocráticos con que las respectivas instituciones fueron entonces dotadas. El primer punto a tener en cuenta es que aquél diseño original suponía, según Gargarella, una sociología simple, una sociedad más o menos homogénea, con pocos clivajes: dividida básicamente entre ricos y pobres. Las instituciones además fueron diseñadas por élites recelosas de cualquier poder que las nuevas instituciones pudieran dar a las mayorías, a los pobres. Nuestras sociedades, en cambio, están divididas en una enorme diversidad de grupos; cada persona, además, es un mundo, es decir, está atravesada por múltiples identidades (52). Las instituciones son, sin embargo, básicamente las mismas. De aquí que la crisis de la democracia sea, según Roberto, un problema de desacople entre las instituciones que tenemos y lo hoy que somos tanto colectiva como individualmente; entre nuestra política y nuestra sociología, podríamos decir.

4. Para comprender el sentido exacto de la advertencia gargarelliana, remitimos a su respuesta a Mariela Puga en este dossier.

4.1. Una cuestión de privilegio: la relación entre política y economía

Antes de pasar a revisar las críticas de Roberto quisiéramos analizar una cuestión previa. Como bien señalan Torres, Puga, Morales, Etchichury y Lafont (la crítica es, en efecto, recurrente), nuestra actual coyuntura tiene también causas económicas, no ausentes pero tendencialmente desatendidas en el análisis de Roberto: no solo el constitucionalismo o la distancia entre nuestras instituciones y nuestra sociología es la fuente de nuestros actuales problemas democráticos. Permítasenos ampliar mínimamente el punto.

Aristóteles, en algún lugar de la Política, sostuvo que en una democracia los pobres tienen más poder que los ricos, porque son más, y la voluntad de la mayoría es suprema. Y sin dudas la democracia siempre ha sido, es y será fuente de temor e incertidumbre para los dueños del poder económico. Desde que hay atisbos de democracia hay intentos de conjurar este temor desarrollando mecanismos que impidan que los muchos se queden con el poder que detentan los pocos. En su libro *Globalists*, Quinn Slobodian (2018) nos cuenta cómo, ante el surgimiento de la democracia universal a principios del siglo XX (primero solo universal para los hombres pero luego, varios años después, también para las mujeres), los dueños del capital y sus intelectuales paulatinamente diseñaron un conjunto de instituciones (desde el FMI pasando por la lex mercatoria internacional y sus sistemas de arbitraje no estatal hasta llegar a los paraísos fiscales) para evitar ver amenazados sus intereses. Una historia similar nos cuenta Roberto. Salvo que esta tuvo lugar hace más de 200 años, en el momento del nacimiento mismo de las constituciones modernas y tiene por protagonistas a las instituciones políticas antes que a las económicas. “Los juristas de los siglos XVIII y XIX moldearon “con cuidado supremo, la estructura básica de las constituciones modernas que encontramos en todos los países que nos rodean” (51). “Ellos asumieron que la sociedad en que vivían era

relativamente simple, dividida en ricos y pobres, propietarios y no propietarios. Ello les permitía concluir que con algunos representantes de cada grupo incorporados al sistema institucional toda la sociedad quedaba representada y el interés de cada grupo representado de manera apropiada” (52).

Particularmente importante para el punto que queremos tratar aquí es el desarrollo del principio contramayoritario por Madison, así como de las instituciones que de ahí se derivaron. Según nos explica Roberto, a pesar de que, en teoría, Madison está abierto a pensar en las violaciones de derechos provenientes de mayorías y minorías, en verdad sólo propone ocuparse de abordar el riesgo de las mayorías, no el de las minorías facciosas (68):

“1) El gran problema que viene a enfrentar las Constitución es el impuesto por las facciones y 2) las facciones son definidas como grupos originados, indistintamente, en minorías y mayorías, pero 3) el problema impuesto por las minorías no resulta importante (ya que contamos con el remedio republicano –es decir, basta votar en contra de sus iniciativas–), entonces 4) queda en claro que el gran problema que viene a confrontar la constitución es el impuesto por los grupos mayoritarios; es decir, el problema impuesto por la regla democrática o, en otros términos, por la democracia” (69).

El modelo constitucional que se alumbró entonces quedó definido por una clara impronta contramayoritaria. El objetivo de la constitución resultó ser el de confrontar el accionar de las facciones mayoritarias. Y cuando los padres fundadores hablaban de mayorías y minorías, básicamente hablaban de las clases trabajadoras o desposeídas y de las clases propietarias. En palabras del mismísimo Madison, se trataba de proteger a la minoría de los opulentos contra la mayoría. Y este objetivo se logró mediante una batería de medidas constitucionales que Roberto bien describe en su libro: sistema representativo, dos cámaras, elecciones indirectas de ciertos funcionarios como presidentes, senadores y jueces (lo que favorece

la elección de miembros de las élites, etc.). El caso es que el modelo dio resultado: la naciente democracia no representó (al menos no por sí misma y salvo en momentos de aguda agitación cívica) un peligro para los intereses de los propietarios. A resultas de todo esto vivimos en sociedades de una rampante desigualdad política y, parece que a consecuencia de ello, también económica. Si queremos honrar la igualdad entonces debemos ante todo reformar nuestras instituciones básicas en sentido inclusivo, participativo.

Ahora bien, Roberto reconoce que para los republicanos el autogobierno colectivo tiene condiciones de posibilidad, de viabilidad, no solo institucionales y personales sino también materiales. En particular requiere de una comunidad relativamente igualitaria en términos económicos (82). De hecho afirma categóricamente “el impacto de las condiciones materiales –más específicamente, del sistema económico– sobre la política y sobre el carácter de las personas” (89). Refiriéndose a Paine sostiene que “para él resultaba obvio que la independencia política y el autogobierno necesitaban asentarse sobre bases económicas igualitarias” (89). Todo parece indicar que para los republicanos (así como para los marxistas) la igualdad económica es condición de la igualdad política, que no es posible la segunda sin haber asegurado la primera.

Pero no podemos estar más lejos de esa situación de igualdad económica, precondition de un ejercicio real de la igualdad política. Nuestras sociedades son profundamente desiguales. La igualdad económica es una condición que, en el mejor de los casos, hay que construir. De aquí que el marco requerido para crear instituciones republicanas sea un marco no realista para nosotros. ¿Se puede entonces esperar autogobierno colectivo en este marco, aun introduciendo los diseños institucionales apropiados? ¿No peca entonces el análisis de Gargarella de un excesivo institucionalismo? ¿Acaso no se está dejando de lado, en esta propuesta de introducción de instituciones de democracia inclusiva y dialógica en toda nuestra estructura institucional, la base material de la cuestión? El problema no

es menor. Por constatar que no podía haber genuina igualdad política sin antes contar con una genuina igualdad económica es que el marxismo y la izquierda en general, al menos antes de la caída del muro, propugnaron siempre por la revolución antes que por el reformismo y el acceso institucional al poder. Y en los casos en que, como el gobierno de Allende en Chile, sí lograron llegar por vías institucionales, así les fue. No es esto en absoluto una defensa de la revolución como vía para el cambio político. Simplemente una constatación de la naturaleza de nuestro predicamento: hoy quien toma las mayores decisiones sobre nuestro modo de vida es el capital. Hay un problema en poner el acento meramente en la dimensión político-institucional de los problemas. Ello es así tanto si nos detenemos en el análisis del estado en sentido clásico como si ensanchamos la esfera política mediante instituciones que articulen la participación popular.

4.2. Frenos y contrapesos

Pasemos, ahora sí, al análisis de las críticas gargarellianas a los rasgos estructurales del diseño institucional original. En lo que hace al sistema de frenos y contrapesos la mayor preocupación de Roberto es relativa a la vulnerabilidad del poder legislativo frente al ejecutivo y al judicial. Particular peso ha tenido en su pensamiento la objeción contramayoritaria. Al respecto es digno de la mayor atención el aporte, en este dossier, de Adam Przeworski en favor de controles constitucionales ex ante (su viabilidad queda a juicio del lector)⁵. Por otra parte, si concebimos a los jueces como epistócratas, entonces no basta con introducir instituciones participativas al interior

5. El control constitucional ex ante ha sido descalificado en duros términos por Fernando Atria al evaluar la competencia preventiva del Tribunal Constitucional chileno en *La Constitución Tramposa* (Atria, 2013, 54).

de la judicatura tal como sugiere Gargarella. Hay primero que justificar, tal como señala Lafont, cómo semejantes jueces pueden tener siquiera un mínimo de legitimidad democrática.

Afinemos el lápiz sobre la cuestión de la legitimidad de las decisiones judiciales. En el capítulo sobre el control judicial de constitucionalidad, Roberto presenta la objeción contramayoritaria, es decir, la pregunta sobre cómo puede ser legítimo que un poder judicial con débiles credenciales democráticas ejerza la potestad de imponer su decisión sobre la voluntad de las mayorías expresadas en el Congreso. Luego muestra que las respuestas de Hamilton y Marshall a esta objeción no se sostienen. Pone especial énfasis en el argumento de la brecha interpretativa: la constitución, en cuestiones de derechos, hace uso profuso de términos valorativos sobre cuyo significado tanto los jueces como nosotros estamos en profundo desacuerdo moral (igualdad, libertad, qué significa tener derecho a la salud o la privacidad, por ejemplo). Ante estos problemas interpretativos los jueces no pueden decir que resolvieron como cualquiera que entendiera el significado claro de las palabras hubiera resuelto. Como sostiene Fernando Atria, estos conceptos constitucionales, moralmente cargados, son esencialmente polémicos, políticos (Atria, 2016, c. 13). Esto pone en jaque la legitimidad de los jueces para resolver en este tipo de casos. Consecuentemente Gargarella pregunta ¿Por qué entonces son los jueces, en vez de nosotros, los encargados de decidir cómo se lee la Constitución? ¿Por qué, si ellos tienen tantas dudas y están tan obligados a tomar partido como nosotros? Si los jueces deciden en estos casos, es como si estuvieran gobernando, haciendo política. Concluye afirmando que dado que no tenemos entre nosotros autoridades epistémicas que puedan resolver tales problemas del modo correcto y en nombre de todos quienes conformamos el pueblo, debemos hacernos cargo de la cuestión y conversar sobre ella democráticamente. Debemos cambiar la pregunta sobre cómo interpretar correctamente la constitución por la pregunta sobre quién debe interpretarla. Concluye afirmando que es la comunidad de igua-

les quien debe estar a cargo de decidir en última instancia; el pueblo mediante la conversación, no sus representantes, tal como podría afirmar Waldron.

En relación al papel específico que le correspondería a los jueces dentro de su modelo, Gargarella establece dos principios: Primero que, frente a casos de desacuerdo profundo, deberían permitir que la comunidad decida acerca de sus propios asuntos por medio del diálogo colectivo. Y segundo, que los jueces (imaginamos que aquí se refiere a los casos recién enunciados) deberían concentrarse en el resguardo de las condiciones de ese diálogo colectivo (optando por un modelo de intervención centrado en los procedimientos de toma de decisiones).

Pero puestas así las cosas, a nuestro juicio quizás algo timorato, conservador, el argumento llega demasiado lejos: ¿Estaría Gargarella a favor de una reforma de la constitución que elimine el control de constitucionalidad de las leyes para los casos difíciles y genere, en cambio, algún tipo de sistema similar al reenvío pero que le devuelva *al pueblo* (no a sus representantes) la capacidad de decisión sobre cuestiones constitucionalmente controvertidas? ¿Tiene en mente aunque sea un borrador del esquema institucional que sería necesario? Pues a nosotros por lo menos nos resulta muy difícil de imaginar. Un reenvío al parlamento parece, en cambio, bien plausible y de fácil implementación.

4.3. ¿Es la representación el problema principal?

Democracia y burocracia

Respecto de su lectura de la crisis de la democracia en términos de la crisis del modelo de representación política que nos hemos dado, hay que reconocer en el libro de Roberto la manifestación de un espíritu de época sensible hasta la angustia frente al problema democrático y en busca de soluciones que, se vislumbra, deben eliminar la mediación de las oligarquías electorales hoy encargadas de tomar las decisiones por

nosotros y favorecer, en cambio, el gobierno por el pueblo (by the people). La falla, afirma, está en el momento mismo de la construcción de la decisión por nuestros representantes; en la maquinaria que articula la mediación entre el pueblo y las decisiones que lo favorecen. Esta afirmación ya es polémica. Bien podríamos pensar que nuestro principal problema político no está allí, en el excesivo poder con que dotamos a los órganos que nos representan o en la distancia entre representantes y representados sino, por ejemplo, en la ineficiencia de nuestras burocracias para poner en acto decisiones tomadas por un aparato que funciona tolerablemente bien (de hecho volveremos sobre esta cuestión al criticar la propuesta de Roberto). O incluso en la ideología difusa que respalda todas nuestras prácticas políticas, tanto dentro como fuera del marco institucional. Escribimos en Argentina, en 2023, semanas después de la elección del nuevo presidente. Para él y su partido la raíz de nuestros males está en la temprana adopción del socialismo, del liberalismo igualitario incluso, como la cultura política que permea nuestras prácticas. Para salir adelante como país debemos abrazar decididamente el capitalismo de mercado como el modo justo de atribución de cargas y beneficios; sólo así se solucionarán nuestros problemas. Como puede verse, el diagnóstico de Roberto, aun si compartido por muchos, no es el único disponible en el catálogo.

Pero asumamos con él, al menos transitoriamente, para luego someter su intuición a crítica, que la causa central de nuestro malestar político reside en la crisis del modelo de representación. Para ello debemos afinar la comprensión de su punto. Al respecto afirma que

El drama actual más urgente (está) relacionado con sistemas políticos de los que nos sentimos alejados, representantes políticos en los que no creemos, instituciones que no proporcionan nada de lo que prometen o bien lo contrario de lo prometido, organismos públicos que parecen al servicio de las construcción de nuevos privilegios. (283-284).

Según Gargarella, el sistema representativo falla pues, tal como vimos, estuvo originalmente diseñado para representar identidades simples (propietario, trabajador) pero actualmente las identidades han estallado y cualquiera es al mismo tiempo obrero, mujer, lesbiana, comunista, etc. De modo que se vuelve muy difícil, si no imposible, la representación. Pero la representación que se vuelve imposible es la representación de los rasgos identitarios del individuo. Y tal como sugiere Torres, quien pretende ser representado en su individualidad no hace otra cosa más que impugnar la representación política. O, tal como afirma Lafont, este análisis omite el desarrollo de la representación a través de partidos políticos, partidos transversales a las clases y con aspiración de representar diversas identidades. Si hay crisis de la representación ello no se debe a que tengamos las mismas instituciones que en el siglo XVIII: los partidos políticos son un caso claro de novel institución representativa. Y tampoco es porque hayan estallado las identidades: justamente los partidos nos permiten articular su representación.

Pero, una vez más, demos por supuesto su diagnóstico. Continúa en este tono:

...el sistema representativo (...) ocupa el centro de la organización política de nuestros países. Este sistema muestra hoy problemas muy difíciles de superar para alcanzar los fines que se había impuesto, que lo justificaban y daban sentido. En particular, los mecanismos escogidos para alcanzar la plena representación de la comunidad se enfrentan hoy a obstáculos extraordinarios, estructurales, que deben forzarnos a reflexionar sobre el modo de concebir y reorganizar el sistema institucional para que ponga en acto algunas de sus viejas y declaradas ambiciones representativas” (95).

La cita apunta a un espectro bastante amplio de instituciones y de modos de desencanto con su actuar. Sin embargo, todo indica que el más afectado por la crisis de la democracia es el poder legislativo. “El Congreso está estructuralmente in-

capacitado para representar y expresar la diversidad de demandas, voces y puntos de vista existentes en la sociedad... el autogobierno requiere más que legislaturas... que funcionen: requiere otro tipo de organización institucional, basada en la soberanía del pueblo (292-93). Cabría entonces preguntarse si nuestra imaginación constitucional debería orientarse hacia la abolición completa de estos órganos y su reemplazo liso y llano por instituciones que organicen la participación ciudadana o, quizás con un poco más de realismo político, hacia su complementación con instituciones de este último tipo. Hay frases fuertes en el libro que indican que Gargarella estaría en favor de la opción más radical: “Entiendo que hoy en día tenemos que abandonar cualquier expectativa sobre lo que puede ofrecernos el viejo sistema representativo (*Lasciate ongi speranza, voi ch`entrate...*)” (323).

En cualquier caso, Gargarella critica el sistema de representación vigente (a su juicio su malfuncionamiento y su irreparabilidad son la mayor amenaza a la democracia) y aboga por la introducción de instituciones que vehiculen la participación ciudadana (los minipúblicos deliberativos son el ejemplo más de moda) como modo de reparar ese déficit. Dado que la adecuación del remedio depende de la propiedad del diagnóstico, discutiremos conjuntamente ambas cuestiones.

Para ello traemos a cuento la distinción de Pierre Rosanvallón entre legitimidad de origen (la capacidad de una autoridad elegida democráticamente de dar cuenta de la voluntad popular o de tratar a todos como merecedores de igual respeto) y legitimidad de resultados (Rosanvallón, 2021, 22-26).⁶ Esta distinción se diferencia de aquella que discrimina las concepciones de la legitimidad democrática en procedimentalistas y

6. Si bien Rosanvallón teoriza esta distinción, extraemos su nominación del texto de José Nátanson *Cuando la democracia cruje*. Disponible on line en <<https://www.eldiplo.org/275-la-argentina-que-no-llega-a-fin-de-mes/cuando-la-democracia-cruje/>>.

sustantivistas en que se basa en una noción diferente de los “resultados” que legitiman la democracia. Para la concepción sustantivista o instrumentalista de la que hablamos arriba, buenos resultados equivale a buenas decisiones, decisiones correctas, que identifiquen adecuadamente el bien común. Para Rosanvallón, en cambio, la democracia goza de legitimidad de resultados cuando soluciona nuestros problemas: cuando genera riqueza, facilita el progreso social, disminuye las desigualdades. En este sentido, Raúl Alfonsín sostuvo célebramente que “con la democracia no sólo se vota, sino que también se come, se cura y se educa”.

Rescatamos aquí esta distinción pues creemos que aun si diseñamos nuevas instituciones de democracia inclusiva, dialógica, participativa, y estas logran *decidir* nuestros problemas de modo más próximo al bien común que nuestras actuales instituciones representativas, eso tan solo mejorará la legitimidad de origen de nuestro sistema y, en el mejor de los casos, la legitimidad de resultados en sentido débil, el referido a las decisiones. Tales instituciones no podrán, sin embargo, al menos no por sí mismas, asegurar la obtención de resultados en sentido fuerte. Pues de obtener resultados en este sentido, como estados de cosas, no se encarga ni el actual congreso (atado a la democracia representativa) ni se encargarían las nuevas instituciones ciudadanas. Por el contrario, su rol sería el mismo que el del congreso, el presidente y los ministros en sus respectivas esferas de poder: tomar decisiones. Quien se encarga de ponerlas en práctica, de hacerlas efectivas, es la burocracia estatal. De hecho, Rosanvallón vincula conceptualmente la legitimidad de resultados con la formación y el funcionamiento de la administración pública.

Contra lo que Roberto parece asumir, la crisis actual de la democracia no es sólo ni principalmente una crisis de representación. Cuando pretende “explicar qué entiendo al hablar de erosión democrática” y pasa a referir las noticias del día (277-280), lo que refiere es una situación de descontento generalizado de la ciudadanía pero en razón de la incapacidad de

los estados de dar satisfacción a sus expectativas sustantivas: expectativas económicas, de salud, educación, seguridad, trabajo, etc. Sin duda que también atravesamos una profunda crisis de representación. Pero sería un error severo apuntar sólo a la representación, como si la introducción de instituciones de democracia abierta, inclusiva, participativa o dialógica pudiera solucionar el problema. Cuando nos referimos a crisis de la democracia apuntamos a la *crisis de todo el estado* como la herramienta que nos hemos dado para alcanzar el bien común. Pues todo el estado está asentado sobre el principio democrático.⁷ Nos parece, en este sentido, que hay que poner mucho más el foco en el funcionamiento de los poderes del estado (sobre todo, pero no únicamente, en el ejecutivo y sus subsistemas dependientes) y preguntarse qué pasa con las burocracias que se ven tan desempoderadas para solucionar los problemas para cuya solución fueron creadas. Frente a las enormes capacidades de los agentes económicos, los reales tomadores de decisiones hoy en día, urge crear capacidades estatales que viabilicen el autogobierno colectivo en resultados tangibles. Hay que volver a pensar la administración pública. Llevará tal vez mucho tiempo. Pero la idea de un estado presente debe dejar de provocar la mueca de incredulidad rayana en la risa que nos despierta desde hace no pocos años.

7. Según este principio “el poder del Estado ha de articularse de tal forma que tanto su organización como *su ejercicio* deriven *siempre* de la voluntad del pueblo (o puedan ser atribuidos a él)” (Bökenförde, 2000, 47). “La democracia como forma de Estado y de Gobierno... quiere decir que el pueblo no es solo el origen y el portador último del poder que ejerce el dominio político, sino que además él mismo ejerce ese poder, que lo tiene y que ha de tenerlo en todo momento. El pueblo no solo domina, sino que también gobierna” (Bökenförde, 2000, 52). En una democracia entonces no solo las facultades del legislador sino *todo* ejercicio de poder político ha de poder remontarse a, y justificarse en, una decisión del pueblo. En palabras de Bökenförde, “La legitimación democrática es exigible... para toda acción oficial de los órganos estatales o de los titulares de sus funciones que represente una decisión...” (Bökenförde, 2000, 56).

Estas son solo algunas de las reflexiones y críticas que nos inspiró la lectura del libro de Roberto. Muchas otras quedaron al margen. Muchas más se encuentran en los textos escritos con suma atención y generosidad por nuestros colegas: les estamos profundamente agradecidos. Muchas más aún esperamos que despierte este dossier en sus lectores. La voz de la política en la conversación de la humanidad se deja oír, efectivamente, si la sostenemos entre todos.

BIBLIOGRAFÍA

- Atria, F. (2016), *La Forma del Derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- Atria, F. (2013), *La Constitución Tramposa*, Santiago de Chile, Lom Editores.
- Böckenförde, E. (2000), *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Madrid, Editorial Trotta.
- Gargarella, R. (2021), *El Derecho como una Conversación entre Iguales*, Buenos Aires, Siglo XXI editores.
- Slobodian, Q. (2018), *Globalists. The End of Empire and the Birth of Neoliberalism*. Cambridge, Harvard University Press.

Fecha de recepción, 1 de diciembre de 2023

Fecha de aceptación, 7 de diciembre de 2023