

La derrota del derecho en América Latina

Siete tesis

Roberto
Gargarella



La derrota del derecho en América Latina

Siete tesis

**Roberto
Gargarella**



siglo veintiuno
editores

siglo xxi editores, méxico

CERRO DEL AGUA 248, ROMERO DE TERREROS, 04310 MÉXICO, DF
www.sigloxxieditores.com.mx

siglo xxi editores, argentina

GUATEMALA 4824, C1425BUP, BUENOS AIRES, ARGENTINA
www.sigloxxieditores.com.ar

anthropos

LEPANT 241, 243 08013 BARCELONA, ESPAÑA
www.anthropos-editorial.com

Gargarella, Roberto

La derrota del derecho en América Latina / Roberto Gargarella.-

1ª ed.- Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo XXI Editores

Argentina, 2020.

96 p.; 21x14 cm.- (Singular)

ISBN 978-987-801-045-8

1. Constitucionalismo. 2. América Latina. 3. Instituciones Políticas.

I. Título.

CDD 320.0980

© 2020, Siglo Veintiuno Editores Argentina S.A.

Diseño de cubierta: Pippa & Rompo

ISBN 978-987-801-045-8

Impreso en Altuna Impresores // Doblas 1968, Buenos Aires
en el mes de diciembre de 2020

Hecho el depósito que marca la Ley 11 723

Impreso en Argentina // Made in Argentina

Índice

Prefacio. Los sueños del viejo constitucionalismo producen monstruos	9
1. Sobre el deterioro de la representación política: una crisis irreversible	15
2. Sobre la degradación del sistema de controles (y del control judicial, en particular)	23
3. Sobre lo que el voto, por sí solo, no puede lograr	39
4. Sobre la “disonancia democrática” y el quiebre interno de la Constitución: constituciones con “dos almas”	49
5. Sobre la autonomización de las élites de gobierno en contextos de “erosión democrática”	57
6. Sobre la “conversación entre iguales” como ideal regulativo, y la traducción de principios en instituciones	65
7. Sobre la ética personal en contextos de radical desigualdad (con una coda sobre la ética de la abogacía y su sensibilidad hacia el poder)	81
Epílogo	89

Prefacio

Los sueños del viejo constitucionalismo
producen monstruos

El “viejo constitucionalismo” —el que nació a fines del siglo XVIII con las revoluciones estadounidense y francesa, y que en buena medida nos sigue acompañando hoy— se encuentra en una crisis difícilmente reparable. Es lo que se advierte, en las latitudes más diversas, cuando prestamos atención al modo en que funcionan efectivamente sus instituciones, al modo en que la ciudadanía desconoce a sus representantes, desconfía de ellos o los repudia. O cuando comprobamos la extraordinaria debilidad que muestra el sufragio (pensado en su momento como la principal herramienta ciudadana para la decisión y el control del poder); el desgaste que ha sufrido el sistema de “frenos y contrapesos”; los abusos recurrentes de las clases dirigentes; la forma en que los controles interpodere se transforman, en la práctica, en habituales “pactos entre élites”, destinados a la mutua protección, etc. Males como los señalados, repetidos por doquier, no merecen considerarse producto del azar, o de una mala coyuntura política, como si nos hubiera tocado vivir en una época marcada por la presencia de una dirigencia particularmente mala o corrupta. Más bien, debemos prestar atención sobre los factores estructurales que ayudan a explicar esas regularidades.

Así, en este trabajo me interesará enfocar el análisis sobre uno de tales factores —no el único ni, tal vez, el más importante, pero sí un factor decisivo—, como es el propio sistema constitucional.

El “viejo modelo” institucional que hoy, todavía, organiza nuestra vida política es “hijo directo del momento elitista” del constitucionalismo, y por eso mismo, merece ser visto como en cierta medida responsable de los problemas de desigualdad, injusticia y desintegración social que afectan a una mayoría de nuestras comunidades. Ello así, en parte, por sus propios “defectos de origen” y, en parte también, por el “desgaste” que ha sufrido en la práctica y que no ha sido capaz de remediar. Nuestro sistema institucional, en efecto, ha terminado por fracasar en sus mejores “sueños”: el de asegurar la “representación plena” de la sociedad, el de afirmar controles efectivos sobre el poder, el de asegurar una supervisión suficiente sobre la política utilizando, principalmente, los “controles internos” más que el control ciudadano, etc. Por ello es que necesitamos, primero, reconocer las causas de estas deficiencias graves y, luego, hacer el intento de reparar esta barca en medio del mar agitado en que nos encontramos.

En las páginas que siguen propondré una explicación acerca de las razones constitucionales de la presente debacle institucional, para reflexionar sobre algunas posibles respuestas, colectivas e individuales, frente a esta situación.

Expondré brevemente, a modo de tesis, siete líneas de análisis, relacionadas con el marco constitucional vigente y con sus posibles cambios. Las primeras cinco apuntan a describir el desarrollo de la crisis, destacando algunas de sus causas y principales consecuencias: 1) la crisis de representación, que se presenta como irreversible o irreparable, dados los cambios que se sucedieron desde la conformación del sistema representativo; 2) el deterioro que se produjo gradualmente en el sistema de controles (“internos” o de “frenos y contrapesos”) –y en particular en el Poder Judicial– acompañando la evolución anterior; 3) los serios límites que afectan al voto como único mecanismo

remanente destinado a salvaguardar el poder de decisión y control (externo) de la ciudadanía sobre sus representantes; 4) el fracaso de las reformas que se ensayaron desde comienzos del siglo XX para reparar el deterioro institucional; y –como resultado de todo lo anterior– 5) la autonomización de las élites político-económicas encaramadas en el poder. Ante tal panorama de resquebrajamiento institucional, sobre el final de este escrito sugiero, como precondition para la producción de cambios, 6) la definición del “ideal regulativo” por perseguir –un ideal que querría llamar “conversación entre iguales”–; y señalo algunas formas posibles de traducir ese ideal en instituciones. Por último, me ocupo de 7) las demandas que el esquema institucional y los ideales expuestos pueden realizar a cada uno de nosotros, en materia de ética personal. Estas páginas cierran con muy breves observaciones, dirigidas a los miembros de la comunidad jurídica, en torno a los modos indebidos en que la disciplina tiende a vincularse con las élites en el poder.

1. Sobre el deterioro de la representación política: una crisis irreversible

El sistema constitucional que predomina en América nació con el noble aunque controvertido objetivo de garantizar la inclusión y la paz social. Para ello, y desde sus inicios, el constitucionalismo americano se interesó por favorecer el equilibrio social, pero de un modo particular, esto es, asegurando a los principales sectores sociales poder institucional equivalente. A ello se dirigió el sistema de equilibrios y controles mutuos –esto es, de *checks and balances*– creado a fines del siglo XVIII en los Estados Unidos. La idea original era evitar que una parte o “facción” de la sociedad dominara y oprimiera a las otras, asegurando a la vez que todas las diferentes “secciones” de esa misma sociedad tuvieran una palabra en el proceso de toma de decisiones.

Como en el viejo modelo de la “Constitución Mixta” inglesa, el esquema intentaba dar cabida *plena* a una sociedad cuestionablemente dividida en estamentos: el “uno” (el monarca, que en el constitucionalismo americano sería el presidente); “los pocos” (la Cámara de los Lores, o el Senado por estos lares); y los “muchos” (la Cámara de los Comunes, el Congreso aquí). Alexander Hamilton defendió ese esquema para la Constitución de los Estados Unidos, afirmándose en la idea de que “si se le otorga todo el poder a la minoría, ella oprimirá a la mayoría, y si se le otorga todo el poder a la mayoría, ella oprimirá a la minoría”. Su solución –finalmente, la consagrada desde el siste-

ma de *checks and balances*— fue “darles poder a ambos grupos, para evitar las mutuas opresiones”. Desde comienzos del siglo XIX, lenta pero firmemente, toda América Latina terminó por adoptar una forma de organización similar, reconociendo que enfrentaba problemas semejantes a los del mundo anglosajón.

Lamentablemente, y mirado con ojos de hoy, ese venerado y tradicional esquema de organización del poder aparece irremediablemente caduco y cuestionable, sobre todo por dos razones. En primer lugar, el sistema de “equilibrios mutuos” se asentó, hace doscientos años, sobre una “sociología política” gravemente imperfecta, que a su vez descansaba sobre la idea de que la sociedad estaba formada por pocos grupos, internamente homogéneos, y compuestos por sujetos autointerésados. De ahí el supuesto de que con algunos pocos representantes de esos grupos en los principales órganos de gobierno —por ejemplo, algunos representantes de los “ricos” y de los “pobres” o de los “grandes propietarios” y de los “campesinos”— la sociedad entera podía quedar básicamente representada. Se asumía, por ejemplo, que los representantes de los grandes propietarios y comerciantes en el Senado iban a resguardar bien los intereses de todo su grupo o clase; y lo mismo ocurriría con los representantes de los campesinos o los artesanos en la Cámara de Diputados.

En la actualidad, sin embargo, estos supuestos se han desvanecido en el aire. Hoy vivimos en sociedades diversas, plurales, multiculturales —compuestas por miles de grupos diferentes—, donde, además, ninguna persona puede ser reducida a una sola de sus múltiples facetas. Esto es: en nuestros días, no solo reconocemos la existencia de una miríada de grupos, imposibles de abarcar en el Congreso, sino que consideramos absurdo el supuesto de que una mujer o un indígena puedan representar a todas las mu-

jeros o a los indígenas allí. Por lo demás, ninguno de nosotros se ve a sí mismo solo como “mujer”, como “obrero” o como “indígena”: la identidad de cada cual es múltiple. En este sentido, nos encontramos, en la actualidad, con obstáculos insuperables en relación con la vieja idea de representación política y con la sociología en la que se asentaba. Por ello, el sistema institucional en general, y el Congreso en particular, se muestran hoy estructuralmente incapacitados para cumplir con la promesa que les había dado sentido y justificación dos siglos atrás.

Nuestro esquema institucional actual se revela como “un traje chico” absolutamente incapaz de abarcar al cuerpo que pretende abrigar. Y no hay reforma de la ley electoral o reconstrucción de los partidos políticos que sea capaz de remediar esta debacle. La presente crisis institucional resulta agravada (pero no causada) por la presencia de funcionarios “poco virtuosos” o “corruptos”: estas lamentables consecuencias (que, no por azar, vemos repetidas en las geografías más diversas) son solo el subproducto de un sistema que falla tanto en la representación como en el sistema de controles, y que permite entonces a los funcionarios públicos utilizar los privilegios de los que gozan para beneficiarse a sí mismos, con casi total impunidad. El resultado es conocido: ciudadanos que protestan, en todo el mundo, contra funcionarios a quienes juzgan alejados o distantes y también contra un sistema institucional que consideran ajeno a sus intereses.

Mucho peor que eso. No se trata solo de que hoy contamos con un sistema representativo afectado por una crisis irreparable, sino de que además la propia lógica del sistema de “frenos y contrapesos” resulta –en términos normativos– inaceptable. Dado que la idea misma de moderar o atajar el conflicto social otorgando a las distintas partes de la sociedad un poder institucional “equivalente” no solo

es un objetivo imposible de cumplir, sino sobre todo antidemocrático en lo que se propone, hoy tenemos razones para cuestionarla y dejarla de lado. En efecto, la democracia no consiste en asegurar que –por caso– ricos y pobres –o industriales y obreros– no se opriman mutuamente, sino que gobierne –con límites, con controles– la mayoría. Conocemos bien la crucial importancia de respetar los derechos de todos, pero del mismo modo sabemos que hay (y deben emplearse) formas distintas de resguardar esos derechos: necesitamos modalidades de protección que no nos impongan el precio de socavar el principio mayoritario. En la actualidad, la “solución” institucional que prima sigue siendo una que –a veces de modos formalizados, a veces de modos más informales– otorga un poder de decisión desmedido a las élites más poderosas.

En ese sentido, podría decirse que lo que muchos describen como el fenómeno político de nuestro tiempo, el “populismo” –ese animal que “conocemos cuando lo vemos”, pero al que nos cuesta tanto definir–, se apoya en, y surge de, problemas como los anteriores: de por sí, invoca la restauración del violentado principio mayoritario (la necesidad de representar al “pueblo”), aprovechándose del señalado “vacío” representativo. Así, viene a restaurar la voz de un pueblo al que ya nadie sería capaz de representar. Pero lo cierto es, sin embargo, que el populista habla y actúa en nombre de un pueblo al que, en los hechos, solo consulta discrecionalmente, cuando quiere, como quiere y hasta donde quiere. En este sentido, el populismo promete la restauración de una democracia perdida, pero se desinteresa de todo proceso de deliberación colectiva y rechaza activamente todo control o toda fiscalización sobre su propio accionar.

Como consecuencia de esto, nos enfrentamos a la crisis democrática y constitucional que hoy reconocemos don-

dequiera que miremos. Importa subrayar que dicha crisis es menos el producto de “patologías” o “desajustes” imprevistos que el resultado de elecciones institucionales conscientes –más específicamente, de objetivos constitucionalmente perseguidos–. Nos encontramos, en definitiva, con el sometimiento del principio mayoritario al veto discrecional e indiscriminado de múltiples grupos de interés, los que terminan primando, en la actualidad, frente a la impotente voz ciudadana. Quienes valoramos la democracia como un diálogo entre iguales (y volveremos sobre este punto más adelante) necesitamos repudiar este estado de cosas en materia institucional, y reclamar arreglos institucionales alternativos, capaces de devolver a la ciudadanía poder de decisión y control. No se trata simplemente de que, como ciudadanos, *elijamos mejor la próxima vez*, sino, sobre todo, de hacernos de herramientas institucionales que nos permitan tomar decisiones, y en todo caso controlar de cerca a quienes pretenden actuar en nuestro nombre.

2. Sobre la degradación del sistema de controles (y del control judicial, en particular)

En las actuales condiciones institucionales, cuando se ha revelado imposible la vieja promesa de la representación (incorporar a toda la sociedad dentro de la estructura constitucional), el conjunto de la ciudadanía queda situada “por fuera” del proceso de toma de decisiones. Por ello se tornan más importantes las preguntas acerca del papel que los ciudadanos pueden desempeñar en el control de las acciones de los funcionarios que actúan en su nombre.

Hacer referencia a la “crisis del sistema representativo” no significa negar que haya algún líder o conjunto de funcionarios electos que se vinculen más o mejor con la ciudadanía, o que esta se identifique intensamente con ellos o con algunas de sus iniciativas, durante todo su mandato o durante un tiempo. Sin embargo, es importante subrayar que, de este modo, la representación pasa a depender ya no de la “identidad” o fuerte semejanza entre elegidos y electos –identificación en la que se pensó en sus orígenes– sino del azar, la buena voluntad del funcionario y su discrecionalidad. De allí, otra vez, la creciente importancia del sistema de controles.

Al respecto, podría decirse –como sostuvo en su momento James Madison– que el buen funcionamiento del sistema institucional no puede descansar en el carácter “virtuoso” o angelical de quienes han sido electos. Por eso mismo, para Madison, el “test” del buen sistema institu-

cional consistía en que pudiera funcionar aceptablemente aun en caso de que los cargos públicos fueran ocupados por “demonios” (o por funcionarios devenidos en “demonios”). Para evitar los riesgos de elencos corruptos o poco “virtuosos” resulta fundamental acompañar al sistema representativo con dispositivos eficientes de controles sobre el poder. Los “padres fundadores” del constitucionalismo moderno pensaron en una diversidad de controles posibles: controles *internos* o *endógenos* (de una rama del poder frente a las otras) y controles *externos* o *populares*. Querría detenerme brevemente en cada uno de ellos, en particular en los controles judiciales, para hacer foco sobre dificultades y patologías que explican en parte los fracasos que hoy reconocemos en las latitudes más diversas.

Controles “endógenos” (los “frenos y contrapesos”): el control judicial

Los controles “endógenos” ideados en los orígenes del constitucionalismo fueron variados. Incluyeron tanto controles políticos –el “veto” presidencial, el “juicio político”, el “poder de insistencia” del Legislativo sobre el Ejecutivo, etc.– como, muy en particular, controles no políticos o judiciales. En estos últimos se centraban las principales expectativas de asegurar la estricta supervisión de las decisiones que fueran a tomar los órganos políticos a cargo de definir e implementar las políticas públicas. Por eso, tiene algún sentido dejar en claro, desde un comienzo, ciertos radicales problemas de la maquinaria del sistema judicial como aparato de control:

1. la “independencia” judicial y la base elitista sobre la que descansa su diseño;

2. su carácter contramayoritario;
3. las dificultades “interpretativas” que enfrenta el Poder Judicial y
4. los rasgos “motivacionales” que lo caracterizan.

Haré mis comentarios sobre la base de los dos grandes textos de *El Federalista* en los que se apoyó y justificó su diseño: el n° 78, dedicado específicamente a justificar al Poder Judicial, su independencia y su vínculo con la democracia; y el n° 51, que revela la lógica o dinámica del mecanismo de controles o “frenos y contrapesos”.

Sobre la “independencia” y el elitismo judicial

La primera afirmación que querría hacer atañe a la concepción elitista que alimentó el diseño del Poder Judicial. En efecto, en el momento de darle forma, primó una de dos opciones principales acerca de cómo favorecer (o constituir) la racionalidad e imparcialidad de las decisiones: la concepción elitista conforme a la cual tales virtudes (racionalidad, imparcialidad) se desprendían de la *reflexión aislada de unos pocos*, bien capacitados o preparados técnicamente (que en el “momento fundacional”, para peor, se relacionaba con la reflexión de la élite con dinero y poder), y no, por el contrario, de procesos de *reflexión colectiva*. De allí el énfasis que se hizo (en *El Federalista* 78) en la preparación/formación exigida a los jueces y en su “independencia”, entendida esta, sobre todo, como separación de la ciudadanía. Al decir de James Madison en *El Federalista* 49, los jueces iban a encontrarse “demasiado alejados de la ciudadanía” –*too far removed from the people*–, tanto por su “modo de designación” como a partir de la “naturaleza de su cargo” y su “permanencia” en él. Es decir, desde el “momento fundacional” del constitucionalis-

mo, cuando se concibió la independencia judicial, no se tuvo en mente, exclusiva ni primariamente, la “independencia” de los jueces inferiores de los superiores; tampoco la independencia de la justicia de las ramas políticas del poder (una preocupación que sí tuvo un lugar relevante en las reflexiones originales del constitucionalismo). En cambio se pensó, sobre todo, en la independencia de los jueces en relación con la mayoría de la población. Y ello, tanto por razones (digamos así) aceptables (permitirles a los jueces una reflexión más tranquila y no sujeta a presiones; separar a los jueces de las “pasiones sociales del momento”), como por razones menos aceptables (el elitismo de pensar que la reflexión ciudadana o colectiva podía “contaminar” la imparcialidad propia de las minorías bien preparadas), y supuestos discutibles (que los jueces no iban a verse afectados por las pasiones, arrebatos e irracionalidades que atravesaban a la ciudadanía en general). Los demócratas podemos reconocer un primer problema, entonces, en cuanto a cómo se entendió la independencia judicial desde sus orígenes, y las razones elitistas que justificaban otorgarle al Poder Judicial la “última palabra” constitucional.

Sobre la “dificultad contramayoritaria”

Me concentro ahora en un segundo problema que afecta al Poder Judicial y que Alexander Bickel popularizó, en 1961, como “dificultad contramayoritaria”. Se refería al hecho de que el poder con las credenciales democráticas más débiles (por el modo indirecto en que son electos sus miembros, por su permanencia en el cargo, etc.) fuera capaz, en democracia, de “ganarles” o “torcerles el brazo” –por ejemplo, invalidando una ley– a los órganos políticos que por su elección directa o su rotación más frecuente cuentan con las credenciales democráticas más fuertes.

Ya Alexander Hamilton había reconocido ese problema cuando escribió *El Federalista* 78, casi doscientos años antes. En ese momento, Hamilton hizo el primer y más lúcido intento de disolver la “dificultad contramayoritaria”: sostuvo que la decisión del Poder Judicial de invalidar una norma del Congreso no debía considerarse como antidemocrática o contraria a la “voluntad del pueblo” (en tanto voluntad expresada por el Congreso), porque *dicha voluntad popular residía en la Constitución y no en el Congreso*. Así, proponía que la invalidación de la ley por el Poder Judicial debía leerse, contra lo sugerido por sus críticos, como un modo de “restaurar” la voluntad del pueblo, desafiada por los legisladores, y no como un modo de “socavar” esa voluntad.

Esta inteligente respuesta se enfrentaba, sin embargo, a muchos problemas. Por ejemplo: en qué sentido la Constitución (textos que hoy tienen más de dos siglos) podía ser entendida como *expresión* de la “voz del pueblo”; o por qué *solo* las normas constitucionales debían ser reconocidas como capaces de expresar esa “voz”. Sin embargo, el principal desafío al argumento de Hamilton era el siguiente: por qué los jueces (y no los legisladores o el pueblo mismo) debían arrogarse la “última palabra” en cuanto a cómo *interpretar* la Constitución, dados nuestros *desacuerdos razonables* y profundos en la materia. En efecto, si el problema de la interpretación no existiera o pudiera resolverse más o menos fácilmente, nadie se preocuparía por la “dificultad contramayoritaria”. Es decir, no importarían las “credenciales democráticas” del intérprete si cualquiera de nosotros tendiera a leer el derecho del mismo modo. Por el contrario, si la “brecha interpretativa” no puede cerrarse, porque —como sostuvo Jeremy Waldron— nos separan desacuerdos profundos y a la vez razonables acerca de cómo interpretar la Constitución, entonces el

problema de la legitimidad democrática relacionado con la pregunta de quién interpreta se radicaliza al extremo, porque ahora sí nos debe interesar muchísimo cuál es la legitimidad de quien va a decidir, en nuestro nombre, el sentido último de la Constitución.

Sobre la radical dificultad de interpretar la Constitución

Así, la respuesta de Hamilton (“los jueces solo resguardan la voluntad popular encerrada en la Constitución y desafiada por el Congreso”) depende de la “transparencia” u obvedad de la interpretación constitucional. En efecto, si la Constitución (o el derecho, en general) tuviera un sentido único o evidente, si los textos legales fueran “transparentes” en cuanto a su facilidad de lectura o si todos compartiéramos la misma teoría interpretativa, entonces sí podríamos darle la razón a Hamilton: el problema contramayoritario no existe, o no importa realmente. No habría dificultad de ese tipo porque *quienquiera fuese el intérprete* llegaría a la misma conclusión. Más específicamente, y como dijo unos años más tarde el juez Marshall:

¿Qué otra cosa puede hacer el intérprete de la Constitución para asegurar el respeto de la voluntad del pueblo, expresada en la Constitución, si los legisladores desobedecen el texto que están obligados a respetar? ¡No puedo hacer otra cosa que invalidar la ley que aquellos han dictado tergiversando el sentido de la Constitución!

Este razonamiento era falaz por varias razones. Ante todo, porque la invalidación no es la *única* alternativa disponible en manos de los jueces, cuando se encuentran con una ley que desafía a la Constitución (¿por qué no el “reen-

vío”, como propusieran los revolucionarios en Francia; por qué no la intervención de otro órgano de representación popular, como quería Thomas Paine; o por qué no la propia ciudadanía, como sugirió en su momento Thomas Jefferson?). Pero, sobre todo, el razonamiento fallaba por asumir que el juez, cuando decide, simplemente “aplica” o “lee” la Constitución, como si esta tuviera un sentido único, es decir, como si el problema interpretativo no existiese. Y lo cierto es que dicha conclusión –demasiado común entre jueces y doctrinarios– oculta todo el problema relevante: lamentablemente, los términos de cualquier texto, y en particular los términos constitucionales, encierran una generalidad y abstracción completamente ajenas a ese “sentido único” que se presupone en ellos.

En verdad, los problemas que enfrentamos en materia de interpretación legal son muy serios: en infinitad de situaciones comunes, cotidianas, la pregunta sobre qué es lo que dice la Constitución en relación con el contenido de cierta ley (¿es esta ley válida a la luz de la Constitución o no?) no tiene una respuesta clara. Pensemos en algunos ejemplos. Una ley de aborto: ¿satisface o contradice los compromisos explícitos que asume la Constitución con las ideas de vida y libertad? Es decir: ¿la ley de aborto es claramente constitucional o inconstitucional? ¿Y qué significa, por caso, proteger el derecho constitucional de libertad de expresión? ¿Significa no hacer ninguna ley sobre la materia, como entienden algunos (dejando que solo “hablen” los más poderosos) o bien dictar leyes buscando “democratizar la palabra”? Lamentablemente, los problemas de interpretación (que, insisto, son *naturales* en textos “abstractos” como la Constitución) son imposibles de erradicar. En los hechos, luego de más de doscientos años de reflexión, seguimos sin contar con acuerdos interpretativos acerca de cómo leer el derecho. Es decir, convivimos

hoy con teorías interpretativas *para todos los gustos*, lo que –para peor– permite que el intérprete escoja la que más le “conviene”, según su propia preferencia o necesidad.

Ahondemos un poco en este problema devastador. Contamos hoy (entre decenas de otras) con dos teorías interpretativas particularmente influyentes: *teorías originalistas*, que nos piden decidir nuestras dudas interpretativas mirando al pasado (es decir, revisando qué dijeron los autores de la ley, qué pensaban los convencionales constituyentes, etc.); y teorías que buscan mantener la Constitución como un texto vivo y que nos sugieren resolver esos problemas mirando al presente (cómo entendemos hoy el término “igualdad”, el término “privacidad”, etc.). Con solo considerar estas dos teorías (entre las decenas que existen), ya podemos ver la dimensión del problema. Y es que, sin el mínimo obstáculo, el juez queda autorizado para decidir el caso conforme a lo dicho en el pasado o conforme a los acuerdos presentes, esto es, de un modo o bien de otro directamente contrario. Ejemplo: frente a una ley que criminaliza la homosexualidad, un juez conservador podría interpretar el término constitucional de “protección de la privacidad” conforme a lo que se decía al respecto hace doscientos años (y así condenar al homosexual); mientras que un juez liberal podría decidir el mismo caso, remitiéndose a la misma Constitución y al mismo concepto de privacidad, conforme al sentido presente o actual, y entonces entender que la acción del homosexual se encuentra absolutamente protegida por la Constitución.

Insisto: la Constitución aparece como compatible con un sentido x y con el sentido diametralmente contrario ($-x$), según cuál sea la teoría interpretativa escogida. Ello permite algo todavía más grave, que convierte nuestro problema en tragedia en términos de “Estado de derecho”

(Estado de derecho que requiere que la suerte de las personas no dependa de la voluntad discrecional de nadie). Ocurre que el intérprete, sin obstáculo legal alguno, puede decidir primero adónde quiere llegar (criminalizar al homosexual del ejemplo o protegerlo), y luego escoger la teoría interpretativa que le permite justificar lo que ya ha decidido de antemano (una teoría originalista, o una del “texto vivo”).

Sobre los rasgos motivacionales en la función judicial

Paso ahora a otra dificultad, muy descuidada por la doctrina actual, relacionada con lo que podemos llamar el problema “motivacional” de la justicia. Empecemos con una referencia clásica: en *El Federalista* 51, Madison justificó el esquema de “frenos y contrapesos”, y en una sola línea definió la lógica o mecánica de esos controles internos aludiendo a la cuestión “motivacional”. Sostuvo que el esquema buscaba combinar los “móviles (o motivaciones) personales” de los funcionarios con los “medios constitucionales” que el texto mismo de la Constitución les otorgaba. Esa era la “lógica” del buen sistema constitucional. Así, como no estaba entre las expectativas que los funcionarios públicos fueran “ángeles” o seres “virtuosos” sino, antes bien, seres autointeresados, egoístas y más o menos racionales (estas eran las “motivaciones personales” contempladas), entonces, al dotar a cada cargo de herramientas de control (los “medios constitucionales”, como el “veto” o el poder de invalidar una ley), se esperaba que cada poder se viera limitado por los restantes. El legislador o el presidente, previsiblemente, no iban a tener a los demás poderes “a raya” por las razones más nobles (digamos, por “virtud republicana”) sino, más bien,

por puro egoísmo: porque no querrían que los demás poderes avasallaran al suyo propio. En materia judicial, dicha “lógica” muestra una primera faceta “general” más atractiva y otras más preocupantes. La faceta atractiva podría decir: “Mientras los funcionarios políticos van a provenir de/representar a la mayoría, los jueces no van a hacerlo; y por consiguiente –y en cuanto ‘minorías’– van a estar motivados para proteger a las minorías”. Entiendo que este tipo de ideas pudieron estar presentes en la justificación pública de la organización judicial, y creo que aún tallan en parte de la doctrina. Acepto la aproximación general, pero considero que se asume allí algo que es un problema, algo que no es cierto: del hecho de que el Poder Judicial, en cuanto poder “no mayoritario”, no tenga una motivación especial para seguir a pie juntillas los intereses de las mayorías (y colaborar así en la opresión de minorías), no se deriva lo que el razonamiento sugiere, esto es, que sus miembros vayan a estar motivados a defender los intereses de (todas) “las minorías” perseguidas (homosexuales, afroamericanos, inmigrantes, etc.), algo que, por lo demás, no se verifica en la práctica.

Y aquí es donde aparecen las facetas más “preocupantes” del razonamiento. En efecto, alguien podría decir, para volver al momento “originario”, que el argumento de aquellos “padres fundadores” era más específico, y que lo que en verdad les preocupaba era asegurar protección especial a una particular minoría: la de los grandes propietarios. Ellos podían pensar en estos términos, entonces: “Dado que la mayoría de los jueces, previsiblemente, va a surgir del sector hoy más amenazado (*the rich and well-born*, como se decía entonces), podemos esperar que –aunque sea por egoísmo, o defensa de los intereses de su grupo o clase– los jueces estén especialmente dispuestos a proteger a la minoría más amenazada de esta época”. En ese sentido

sí podía esperarse (como se verificó en la práctica) que los jueces, como miembros de una particular minoría, contasen no solo con los “medios” sino con las “motivaciones” indispensables para proteger los intereses y derechos de esa particular minoría “amenazada” (la de propietarios) a la que pertenecían.

Ahora bien, en este contexto, no me interesa insistir sobre los peores rasgos elitistas del Poder Judicial sino, en especial, subrayar un problema vinculado con la “conexión motivacional” de sus miembros. Todos sabemos y entendemos hoy, aunque lo neguemos, que determinar “quiénes son” y “de dónde surgen” los miembros del Poder Judicial es crucial para saber qué tipo de decisiones va a favorecer o desalentar nuestro sistema institucional, y sin embargo, callamos sobre tal circunstancia, a la vez que proclamamos nuestra convicción de que “es el derecho el que debe decidir el conflicto, con independencia de quién sea o de dónde provenga su intérprete (aquel a quien le toque ‘leer’ el derecho)”. Es decir, proclamamos que el derecho debe aplicarse siempre igual, con prescindencia de quién lo aplique... aunque tenemos presente que ello no es en absoluto esperable, y sabemos por qué. Todos los estudios con los que contamos al respecto son unánimes en la materia: la sistemática *falta de diversidad* de los tribunales impacta negativamente en la protección de los derechos de los grupos subrepresentados. En otros términos: afirmamos con absoluta convicción que el Poder Judicial debe ser “no representativo” (porque solo la política debe serlo).

Y sin embargo, todos cuestionamos los tribunales que no son capaces de “representar”, en un sentido relevante, a la sociedad entera –por ejemplo, un tribunal solo compuesto por blancos, en una sociedad con millones de personas de color; o solo compuesto por hombres, en cualquiera de

nuestras sociedades—. ¹ En verdad, cuestionamos tales composiciones porque –callada, íntimamente– reconocemos el peso del argumento “motivacional” que hace doscientos años presentó Madison, y que desde entonces ocultamos bajo la alfombra de la Constitución.

En definitiva, el Poder Judicial fue creado sobre la base de supuestos elitistas (la imparcialidad vinculada con la razón, y la razón vinculada con la formación y la clase social); y apoyado en un principio de desconfianza a la democracia. Sus miembros –en consecuencia– fueron situados en una posición institucional alejada del alcance ciudadano, dotados de un poder extraordinario en términos constitucionales (el de pronunciar, en los hechos, “la última palabra”) y habilitados a utilizar técnicas interpretativas de lo más diversas –incluso contradictorias entre sí–, lo cual les permite decidir del modo en que prefieren. Es tal la posición de poder institucional que alcanzan los jueces que siempre, pero en particular en contextos de fragilidad institucional y dominio del Ejecutivo, como sucede en América Latina, las autoridades a cargo del poder político adquieren claros incentivos para “colonizar” al Poder Judicial –una ambición que, lo saben bien, ellos tienen la posibilidad de materializar–. Allí, en ese cruce de caminos, se encuentra la esencia de una historia latinoamericana

1 Sabemos, por supuesto, que la “presencia” de una mujer o un “afroamericano” en un tribunal no “garantiza” la protección de los intereses de sus respectivos grupos, pero intuimos muy fuertemente (y con razón) que la ausencia de tales puntos de vista agravaría enormemente los riesgos de imparcialidad del tribunal. La pregunta es por qué, si rechazamos la idea de que el Poder Judicial sea un órgano representativo, nos parece entonces un escándalo que una Corte no incluya “representantes” de ciertas minorías.

de “dependencia política de la justicia”. Para los jueces, situados en ese controvertido contexto institucional, contar con acceso a causas “sensibles” para el poder político y económico se presenta como un regalo divino: la gran oportunidad de protegerse o extorsionar al poder, en caso de sufrir amenazas por parte de aquel o de ambicionar recompensas de algún tipo. Un cóctel temible en términos constitucionales, pero a la vez muy reconocible en la mayoría de los países de la región.

**3. Sobre lo que el voto, por
sí solo, no puede lograr**

Controles “populares”

Vamos a examinar ahora la otra gran fuente constitucional de controles, que acompañan desde un comienzo a los controles preferidos por el sistema institucional (los “endógenos” del sistema de “frenos y contrapesos”). Me referiré a los controles “populares” o “exógenos” –y a la herramienta del voto periódico, en particular–. Al respecto, es muy habitual señalar que los funcionarios ya electos van a preocuparse por responder a las demandas de sus electores, no por altruismo, sino por autointerés, dado que nada les importa más que obtener su reelección en los próximos comicios (otra vez vemos aquí esa conexión entre “medios constitucionales” y “motivaciones personales”). Autores diversos (incluidos Adam Przeworski o Bernard Manin) han hablado de este conocido fenómeno con la idea del “carácter retrospectivo de las elecciones”. Así sería cómo, en nuestra modernidad, hacemos *responsables* (*make accountable*) a nuestros representantes (los “obligamos” a tomar ciertas medidas y los “premiamos” o los “sancionamos” por hacerlo mal o no hacerlo) y mantenemos el sentido de la democracia. Sin embargo, debería resultar claro que dicha idea –según la cual la representación no se realiza en la identificación elector-elegido, sino a partir de la capacidad que tiene el primero de controlar al último– enfrenta serios

problemas, dadas las distorsiones que inciden en el vínculo entre ciudadanos y representantes.

Si bien esos problemas no alcanzan a socavar por completo el reclamo anterior (el valor de las elecciones como elemento de control político), lo afectan de modo significativo. Enumero tres que considero cruciales:

1. el problema de la “dilución”;
2. el de la “extorsión democrática” y
3. el del “rechazo de la virtud”.

La dilución del voto

En primer lugar, para una mayoría de cargos, la votación no se produce “persona por persona”, sino en relación con conjuntos de personas, lo cual dificulta premiar o sancionar a algún representante por lo que ha hecho o dejado de hacer. Típicamente, dentro de la lista de candidatos por la cual votamos, puede haber personas a las que querríamos premiar y otras a las que querríamos sancionar, y también muchas que no conocemos o nos resultan indiferentes. Este hecho, distorsivo de la representación, permite que el representante “pase desapercibido” o “quede inmune” en las elecciones, “oculto” entre muchos otros (es decir, provoca que el anunciado efecto *accountability* quede deteriorado).

Este mismo problema de “dilución” del peso del voto aparece, por supuesto, en otras situaciones; por ejemplo, cuando se llevan a cabo elecciones en las que debemos evaluar un período de gobierno más o menos prolongado. En este caso, se torna más difícil premiar o sancionar a alguien por lo que ha hecho o dejado de hacer durante su tiempo en la función pública: ¿cómo dejar en claro que uno avalaba tales y cuales medidas (tomadas al comienzo de la gestión), pero repudiaba tales otras (tomadas hacia

el final de esta etapa)? ¿Cómo transmitirles a los representantes nuestra voluntad de que “vuelvan” a tales políticas del comienzo, de que retomen o dejen atrás otras? Esto explica por qué nuestros antepasados demócratas sostenían que “cuando se eliminan las elecciones anuales, comienza la esclavitud”; y por qué otros, de entre ellos, reclamaban el derecho a “instruir” a sus representantes o “revocar” sus mandatos frente a las faltas graves. Y esto mismo nos lleva al segundo tipo de problemas.

La extorsión democrática

El hecho de que, ante cada comicio, cada votante disponga de *un solo voto* para expresar las varias opiniones políticas que en ese acto puede sostener provoca un nuevo deterioro sobre la potencia “responsabilizadora” de dicho voto. Y es que, común y razonablemente, en cada elección y frente a cada candidato, cualquier votante pretende afirmar varias cosas, deslindando matices sobre aquello que se le “pregunta” (“¿quiere votar por mí?”), y no dar solo una respuesta unidireccional. Por ejemplo, puede estar decidido a premiar al candidato por la política económica que ha sostenido, empujarlo a adoptar una medida social adicional (políticas de salud reproductiva) y criticarlo por alguna falta que ha cometido (un acto de corrupción), a la vez que le señala alguna omisión seria (desatenciones a sus colaboradores). O puede querer decir solo dos cosas, pero en tensión entre sí (“¡felicitaciones por las medidas económicas impulsadas, pero basta de corrupción!”). Aun en tales casos simplificados, uno no puede hacer casi nada de lo que se propone, ya que cada persona cuenta solo con un voto; así, debe escoger o priorizar una sola de las opiniones o demandas con las que cuenta, resignando, a la vez, toda pretensión de matizarlas.

Lo dicho nos permite entender mejor a qué se aludía al mencionar el problema de la “extorsión democrática”. Tal dificultad aparece cuando, en los hechos, *quedamos obligados a votar a favor de lo que repudiamos* (“búsqueda de la reelección”, “corrupción”, “violación de las reglas de juego”) *con el objeto de sostener aquello que defendemos* (“una política económica x”, “medidas de corte social”, “ley de aborto”, etc.). Y es que nos vemos constreñidos a votar por un “paquete completo”, que suele incluir lo que (más) nos interesa y lo que (más) repudiamos; sin contar con la posibilidad de discriminar, de siquiera decir “esto sí, pero por favor esto otro no”. Entiéndase: no tengo aquí en mente un sistema institucional utópico, que nos permita expresar todo o casi todo lo que queríamos; ni estoy presentando una queja por ciertas naturales imperfecciones propias de cualquier sistema de gobierno o inevitables. Aludo al caso habitual en que *nos vemos constreñidos a votar por lo que rechazamos para obtener lo que deseamos*: votar a favor de la reelección, para poder obtener nuevos derechos; votar a favor de funcionarios que sé corruptos, porque me garantizan la continuidad de políticas sociales que demando.

¿Cómo hace, entonces, un ciudadano para discriminar entre una opción (la que repudia) y otra (la que demanda) si no le otorgan la posibilidad institucional de hacerlo (ya que debe votar por un “paquete cerrado” que incluye ambas cuestiones)? En definitiva, el punto es que, en materia política, aún carecemos de un lenguaje cierto; aún seguimos imposibilitados de establecer matices (y privados de la oportunidad del diálogo). Mucho peor: en ejemplos como los señalados, mi voto va a ser leído de un modo tal vez contrario al que deseaba, vale decir, como si me hubiera desentendido del problema que me angustiaba –la reelección, la corrupción– o como si con mi sufragio hubiera querido avalar tales posibilidades. Por todo ello, las

herramientas que el sistema institucional nos ofrece resultan tan toscas que lo hacen parecer prehistórico. Como si todavía hoy, bien entrados en el siglo XXI, no pudiéramos comunicarnos con palabras y debiéramos seguir vinculándonos por medio de piedras que arrojamos contra la pared, con la expectativa de que el otro pueda desentrañar un significado, aquello que queremos decirle con los “ruidos” que provocamos.

Por estas razones tampoco puede atribuirse un carácter “depurador” al voto, como si su sola presencia fuera capaz de transformar en democrática una institución o una práctica que no lo son. Votar por los miembros de una fiscalía o un órgano de control no transforma a tales controles en “democráticos”; designar por elección popular a los miembros del Poder Judicial no constituye una forma de “democratizar a la justicia”, como algunos quisieron decir, engañosamente. La democracia es una práctica que, para afirmarse, necesita ejercerse cotidianamente (no de modo ocasional, cada tantos años, o solo una vez). Por ejemplo, si mañana nos autorizan a escoger a jueces a través del voto –jueces que luego de elegidos van a gozar de poderes extraordinarios, de por vida–, la justicia no queda democratizada en el acto, sino que en la práctica será muy similar a la que hasta entonces teníamos y, peor aún, con funcionarios que en lo sucesivo van a poder proclamar que son “funcionarios del pueblo” (y por lo tanto, merecedores de menores críticas, o “más legitimados” para hacer lo que quieren, o lo que antes hacían sin “respaldo democrático”). Cualquiera de los jueces más corruptos que hemos conocido (piense usted en su nombre favorito) podría haber sido escogido por voto popular, en caso de haber contado con los contactos adecuados para conseguir una candidatura: la ciudadanía tiene sus manos atadas en la elección. Una vez sentado en su “trono”, de

por vida (o por lapsos de tiempo muy amplios), y rodeado de privilegios enormes, nada le habría impedido retomar sus conversaciones y negocios con el poder de turno, sin control alguno, y como siempre hizo. Pero ese escenario resulta en algún sentido peor, porque el juez podría resistir las presiones y acusaciones apelando a su elección democrática y a la voluntad del pueblo.

En síntesis: una institución o un cargo no se democratizan cuando nos quedamos en la “puerta de entrada” del problema, es decir, votando a quienes van a ocupar el cargo. La democratización requiere que la ciudadanía decida sobre las cuestiones en juego: que tenga la *capacidad cotidiana para intervenir en ese proceso decisivo, o supervisar lo que sus delegados hacen en su nombre*. Lo demás son promesas de remedios que agravan la enfermedad, porque nos dejan con aún menos derecho o posibilidad de crítica que en la actualidad.

El rechazo de la “virtud”

Nuestro sistema institucional, desde sus orígenes, eligió alimentarse exclusivamente con el “combustible del autointerés”, desechando así como innecesaria o ingenua toda apelación a la “virtud cívica” –reclamo muy común entre las corrientes republicanas entonces en ascenso–. La idea era que, por autointerés, y a partir de los incentivos institucionales apropiados, los funcionarios públicos tenderían a actuar de modos beneficiosos para el bien común (retomando y traduciendo para el constitucionalismo el ejemplo de la “mano invisible” de Adam Smith para la economía: del egoísmo de cada uno podíamos beneficiarnos todos). ¿Cuál iba a ser el beneficio común de contar con funcionarios capaces, institucionalmente, de canalizar su egoísmo? El control mutuo, basado en el autointerés. En efecto, del esquema creado se esperaba, como mínimo,

que cada poder controlase a los poderes vecinos, por miedo a ver disminuidas sus propias capacidades. El problema generado por esta bienintencionada opción fue doble, sin embargo. Por una parte, se desperdició la oportunidad de poner al sistema institucional al servicio de la “creación de virtud cívica” (que luego podía redundar en mejores gobiernos y menor necesidad de controles formales sobre el poder). Por otra parte, ese sistema que tenía como “combustible” exclusivo al egoísmo político terminaría por poner en jaque a todo el sistema institucional. Los ejemplos son numerosos, pero me limitaré a uno bien conocido: si todos los funcionarios públicos (asumida y deliberadamente) se ven motivados por el autointerés (algo que el sistema institucional asume y alienta) a la vez que se organiza un sistema de controles donde casi todos ellos van a ser “controles internos” (y no “externos” o “populares”), luego, el resultado más esperable es que se produzca un pacto o alianza entre esos funcionarios autointeresados. Dicho pacto, previsiblemente, va a orientarse a asegurar beneficios básicamente reservados para la élite de gobierno, contra o con indiferencia hacia la suerte de los que se encuentran “por fuera” de ella. Otra vez, no por “maldad”, sino como resultado del *“autointerés” que el sistema incentiva, y los controles “externos” que omite establecer.*

Problemas como los señalados son elocuentes respecto de la extraordinaria dificultad que pasamos a enfrentar, como ciudadanos, cuando queremos controlar a nuestras autoridades políticas (lo que se acentúa en relación con el control de las autoridades judiciales).

El balance resulta bastante desolador, ya que nuestras instituciones no nos permiten asegurar de modo apropiado la *representación* política ni compensar dicha dificultad con un sistema de *control* o responsabilización adecuado. Como cabe esperar, el producto de esta situación es la

consolidación de élites en el poder, que quedan situadas a distancia significativa del electorado y con capacidad para actuar en su propio beneficio. El panorama político que prevalece en una mayoría de nuestros países parece confirmar, nuevamente, el diagnóstico anterior: grupos o élites que pelean y pactan entre ellas, con el objeto de definir la distribución de los privilegios y ventajas a su alcance, y apelaciones (“externas”) a la ciudadanía destinadas, de modo más bien exclusivo, a dirimir esas disputas (“internas”) de poder.

4. Sobre la “disonancia democrática” y el quiebre interno de la Constitución: constituciones con “dos almas”

Es importante entender que los principales problemas que afectan actualmente al constitucionalismo –incluido el creciente fracaso del sistema de representación política y el socavamiento del esquema de controles en que se asienta– no son el mero resultado del “devenir de los tiempos” ni de una clase política cada vez más corrupta o menos “virtuosa”. Tales circunstancias coyunturales han influido decisivamente en la crisis que hoy se advierte, pero en la actualidad los problemas de fondo que enfrenta el constitucionalismo son de carácter estructural: se trata de dificultades originadas en el momento mismo en que el sistema fue diseñado y vinculadas, en definitiva, con los orígenes elitistas del sistema constitucional.

Desde luego, esto no supone afirmar una conspiración del pasado contra el presente. Pienso, sobre todo, en el hecho de que nuestras estructuras constitucionales fueron construidas en un tiempo histórico (finales del siglo XVIII, comienzos del XIX) en que las élites políticas dominantes (liberales y conservadoras) representaban a una porción minúscula de la sociedad (como en la mayoría de los países latinoamericanos, un ínfimo porcentaje de la población estuvo involucrado en el diseño constitucional). Esa circunstancia determinó que las instituciones finalmente elaboradas reflejaran exclusivamente los puntos de vista de una minoría, y fueran resultado de las extraordinarias desigualdades sociales y económicas en-

tonces prevalecientes. No extraña reconocer, luego, que las constituciones reflejaran primero, y vinieran a reforzar y reproducir después, tales desigualdades. En otras palabras, las desigualdades sociales y económicas encontraron traducción, continuidad y respaldo en desigualdades constitucionales. Decisivamente, y desde entonces, el constitucionalismo apareció definido por un principio de *desconfianza democrática*: nada temían más aquellas élites en el poder que la irrupción y desestabilización política que podían llegar a producir las masas –los sectores no privilegiados en general– en caso de manifestar sus reprimidas apetencias políticas. De algún modo, si algo explicó el “pacto liberal-conservador” que, en buena parte de América Latina, y desde mediados del siglo XIX, dio forma al constitucionalismo regional, ello fue el común temor de ambos grupos frente a las oleadas democratizadoras que habían aparecido ya en la Europa de 1848 (recuérdese que ambas fuerzas habían estado enfrentándose de modo sangriento durante décadas).

Tales hechos son los que darían lugar, con el paso del tiempo, a lo que denomino un efecto de “disonancia democrática”. Quiero decir, aquel viejo entramado institucional, nacido en el “momento elitista” del constitucionalismo, fue encontrándose con un contexto político y social cada vez más complejo. Así, la sociedad excluida de un comienzo comenzó a exigir un papel más protagónico en la decisión sobre los asuntos comunes. El conflicto social fue en ascenso, y la creciente represión estatal al descontento popular no impidió lo que terminaría por convertirse en un hecho consumado: la mayoría social marginada de la política durante décadas comenzó a ponerse de pie reclamando un lugar en el mundo político y demandando una distribución distinta de los recursos económicos. De tal modo, el “viejo modelo” constitucional, que se había

terminado de imponer en un marco de exclusión social y elitismo político, se encontraba de allí en más rodeado por una escenografía por completo diferente: de a poco se había ido produciendo un “despertar” democrático.

Ese desarrollo social produjo al menos dos hechos cruciales en relación con el sistema constitucional vigente. En primer lugar –y esto es lo más importante–, se fue generando un *desajuste entre el marco institucional impuesto y la sociedad a la cual dichas instituciones se proponían servir* (y de cuya legitimación necesitaban para mantenerse). Ese desajuste provocó que buena parte de la sociedad comenzara a reconocer sus estructuras de gobierno como ajenas: algo que no le pertenecía. Lo que a comienzos del siglo XX se denominó la “sobrecarga de demandas democráticas” que se volcaba hacia el sistema institucional tuvo que ver con ese hecho: una ciudadanía ahora “activada” (y dispuesta a defenderse de los ataques y represiones que podía sufrir) empezaba a reclamar en voz alta por la parte que le correspondía en la distribución del poder.

El segundo hecho crucial que se produjo a partir de esta crisis democrática fue una oleada de *reformas fundamentales, destinadas a paliar la situación o dar algún tipo de respuesta al respecto*. Estas reformas se extendieron a todas las esferas del orden social, incluido el constitucionalismo. Implicaron, en materia económica, el nacimiento del “Estado de bienestar” (que procuraba asegurar la extensión de protecciones y beneficios económicos a todos los miembros de la sociedad); y en materia política, la universalización del voto (que buscaba reconocer “voz” a cada miembro adulto de la comunidad). En materia constitucional, la oleada democratizadora provocó la llegada del “constitucionalismo social”, que fue la vía por la cual el constitucionalismo procuró dar cuenta del ideario igualitario o republicano que había sido ex-

cluido (por liberales y conservadores) de las discusiones constitucionales originales.

De este modo, y en términos constitucionales, el despertar democrático se tradujo en cambios profundos orientados a dar cuenta de las crecientes demandas de inclusión política y social. Dichas modificaciones fueron dándose, progresivamente, en una mayoría de ordenamientos legales. Ellas incluyeron, en primer lugar, una extensión de la ciudadanía (por ejemplo, con significativas ampliaciones en las autorizaciones otorgadas para la participación política y el voto), e inmediatamente derechos sociales y económicos antes denegados o desconocidos por las cartas constitucionales. Este último tipo de cambios encontraron un punto de apoyo decisivo en la adopción de la Constitución de México de 1917 (así sucedió en general en los países americanos, con algunas excepciones que incluyeron, notablemente, la Constitución de los Estados Unidos).

Ahora bien, esa extraordinaria oportunidad de cambio tuvo alcances, finalmente, muy limitados, dentro del marco de los viejos textos constitucionales. Y es que el ímpetu original de reforma terminó por impactar de manera excluyente en una de las dos grandes secciones de la Constitución: la relativa a la declaración de derechos. Mientras tanto, la otra y decisiva parte que incluye toda Constitución, esto es, la relacionada con la organización del poder, quedó básicamente inmune a esa oleada de cambios. Las declaraciones de derechos, por tanto, y desde entonces, alcanzaron dimensiones extraordinarias (como en el pionero caso de México) y pasaron a albergar generosos derechos sociales, económicos y culturales. De alguna manera, uno de los grandes “actores nuevos” de la política del nuevo siglo —la clase obrera— encontró así su lugar en la Constitución. La organización del poder, sin embargo, tendió a mantenerse en línea con el “viejo

modelo” del gobierno de minorías, propio de la “época fundacional” del constitucionalismo.

Así, desde comienzos del siglo XX, una mayoría de constituciones aparecieron “quebradas internamente”: pasamos a tener *constituciones con “dos almas”*. La sección correspondiente a los derechos adquirió un carácter social y democrático, en línea con los nuevos tiempos, mientras que la sección dedicada a la organización del poder –lo que denominé “*la sala de máquinas*” de la Constitución– se mantuvo en línea con el momento originario y tendió a preservar su carácter verticalista y excluyente. En su sección “orgánica”, las nuevas constituciones siguieron marcadas por el principio de desconfianza democrática. Desde entonces y hasta la actualidad, las constituciones serían sometidas a nuevas y (a veces) reiteradas reformas, pero seguirían ateniéndose a las viejas pautas: nunca traducirían los renovados reclamos sociales (de comunidades indígenas, mujeres o grupos étnicos que irían encontrando lugar, otra vez, en las declaraciones de derechos) en reformas acordes sobre la sección del poder.

Lamentablemente, esta “ruptura” no fue inocua. No ocurrió, como pensaron algunos (tal vez para autodiscularse o para justificar sus limitadas acciones de reforma), que las nuevas y robustas declaraciones de derechos se activaran rápidamente, a la espera de cambios similares en materia de organización del poder. Lo que tendió a pasar es que aquellos cambios no producidos en la “sala de máquinas” de la Constitución terminaron poniendo en riesgo aun las reformas introducidas generosamente en materia de derechos. Esto, porque tales innovaciones pasaron a depender de la voluntad casi excluyente y discrecional del poder político de turno (organizado conforme a las “viejas” pautas): los derechos reconocidos tendieron a convertirse, de ese modo, en privilegios y concesiones

que el poder concentrado resistía u otorgaba, como gracia, a quienes considerara merecedores. En los peores casos –y como señaló Rosalind Dixon–, el “otorgamiento” o la “concesión” de tales derechos pudo verse (claramente, pero no de modo exclusivo, en América Latina) como un pago de “sobornos” por parte del gobierno de turno: sobornos destinados a apaciguar a alguna sección díscola o disconforme del electorado, mientras el poder concentrado expandía todavía más su propia capacidad de acción.

5. Sobre la autonomización de las élites de gobierno en contextos de “erosión democrática”

Vivimos en situaciones en que el sistema institucional se organiza a partir de un esquema representativo por completo incapaz de cumplir con su vieja promesa de plena inclusión social, y el esquema de controles (sobre todo políticos) se muestra absolutamente inoperante en relación con las razones que justificaban su existencia. En este contexto, tiende a producirse lo que cualquiera de nosotros reconoce cuando mira a su alrededor: un quiebre entre la ciudadanía y la élite en el poder, una organización política en que todos los puentes capaces de (u orientados a) unir a ciudadanos y actores del poder aparecen cortados o ausentes, salvo el voto periódico.

Pero el voto se encuentra limitado en extremo –si no directamente incapacitado– para cumplir con todo lo que se espera de él, muchísimo menos facultado porque llegó a un momento en que debe cargar sobre sus propias espaldas una tarea (la de vincular elegidos y electores) que antes era realizada o canalizada por obra de varios institutos que en nuestros días ya no existen, o existen en formas degradadas. En épocas pasadas, en efecto, el voto cumplía sus funciones vinculantes junto con herramientas diversas (más o menos sofisticadas, más o menos eficientes), tales como el derecho de *instruir* a los representantes, la *revocatoria* de cargos, la *rotación* obligatoria, los mandatos breves en general, y las *elecciones anuales* en particular –formas

que permitían a la ciudadanía relacionarse de otro modo con quienes pasaban “del otro lado”, para asumir su tarea de gobierno—. “Volados” todos esos puentes entre ciudadanos y representantes, el sufragio pasó a cargar sobre sus espaldas, en soledad, buena parte de la frustración social luego de las elecciones: todos advierten que el voto no ha cumplido con la promesa de transformación asociada a él, y pasan a clamar, con razón, que “todo sigue igual”.

Para la élite en el poder, la situación es extraordinariamente ventajosa: sus integrantes de inmediato reconocen que cuentan con medios extraordinarios a su favor, para su propio beneficio —acceso más directo al presupuesto y a miles de cargos públicos bien rentados, mayor capacidad de dominio con el control, más o menos directo, del aparato coercitivo, lo cual les permite ejercer su poder de amenaza frente a quienes se animan a desafiarlos—. Mientras tanto, los instrumentos e incentivos institucionales creados para orientar y controlar la labor de los funcionarios públicos demostraron estar, en la práctica, mal dirigidos. En especial, la preferencia por los “controles internos” (los de un poder sobre los otros) por sobre los “externos” o populares (es decir, controles de los que “están afuera” —los ciudadanos— hacia los que “están adentro”) terminó por favorecer la conformación de una clase dirigente que tiende a autoprotegerse: en efecto, sus miembros se reconocen más motivados a pactar entre sí que a controlarse mutuamente. Dicho de otro modo: la élite es capaz de perseguir su propio interés aun si ello requiere actuar *en contra* de los intereses de la ciudadanía. Afirmar esto no implica suscribir ninguna teoría conspirativa, sino simplemente pensar en los efectos esperables de los incentivos institucionales: gracias a las motivaciones que tiene y los “medios constitucionales” de que dispone, la dirigencia tiende a establecer normas que

la favorecen o a imponer a todos los demás cargas de las que ella se autoexcluye (un hecho del que hemos tenido muchas muestras en estos tiempos de pandemia en buena parte de América Latina; por ejemplo, restricciones de derechos –de circulación o de reunión, entre otros– que toda la ciudadanía menos la clase política debía aceptar; o en la Argentina, recortes jubilatorios nuevos que todos debían aceptar, menos la dirigencia, etc.).

En los últimos años, el problema en cuestión –una clase dirigente que se sirve a sí misma, amparada en la independencia de que goza respecto de la ciudadanía– mostró, en el mundo, que se producía una involución preocupante: procesos de “erosión democrática”, en los cuales las autoridades a cargo (poderosos Ejecutivos “desatados”) utilizaban los poderes bajo su órbita para desarticular aún más el esquema vigente de controles “internos”. La trágica y muy común práctica del *golpe de Estado* (la “muerte súbita” de la democracia) pasó a ser reemplazada, hacia fines del siglo XX, por procesos más prolongados de lo que Guillermo O’ Donnell denominó “*muerte lenta*” o “*muerte a través de mil cortes*”, con los cuales la clase dirigente tendió a dismantelar toda la estructura de controles, mediante mecánicas en apariencia legales e irreprochables. Casos como los de los Estados Unidos, Turquía o Hungría se muestran hoy como los más notables y preocupantes, aunque se trate de un fenómeno inquietante en buena parte del mundo contemporáneo.

En América Latina, dicho fenómeno de “erosión lenta y desde adentro” tiene antecedentes y raíces mucho más lejanas y profundas, gracias a una *anomalía* propia de los sistemas constitucionales de la región. Me refiero a lo que Carlos Nino denominó “hiperpresidencialismo”, establecido constitucionalmente en todo el continente desde mediados del siglo XIX. En efecto, desde el nacimiento del

constitucionalismo latinoamericano (entre 1850 y 1880, aproximadamente), todos los países de la región saldaron las tensiones entre los dos grupos políticos principales que se disputaban el poder –liberales y conservadores– pactando constituciones capaces de satisfacer las demandas de ambos. Siguiendo los requerimientos del liberalismo, que apuntaban a obtener constituciones como la estadounidense, todos los países se inclinaron por adoptar esquemas de *checks and balances*. A la vez, procurando satisfacer las demandas de los conservadores, aceptaron “desbalancear” el esquema de equilibrios mutuos, permitiendo la consagración de un Poder Ejecutivo ampliamente más poderoso que los demás poderes. Es decir, los latinoamericanos *instalaron y al mismo tiempo desafiaron* o pusieron en jaque la lógica del esquema de *checks and balances* que, si alguna virtud podía reclamar para sí, era la de servir al equilibrio político y social. En América Latina, dicho modelo apareció dando muestras de una grave anomalía, ya que una de las ramas de gobierno –la rama Ejecutiva– quedaba provista de una enorme capacidad de amenaza sobre las demás: todos los poderes fueron dotados entonces de “armas defensivas”, pero –por elección de los “fundadores”– las propias del Ejecutivo resultaron claramente más poderosas que las del resto.

El hiperpresidencialismo ha generado una práctica institucional, a esta altura, ya demasiado deteriorada “desde adentro”. Esto se expresa en Congresos en general “pálidos” o débiles frente al Ejecutivo; y un Poder Judicial “dependiente”, ya sea con fuertes vínculos o directamente al servicio del poder político o gobierno de turno, sobre todo en sus lugares más relevantes. De allí que la “erosión democrática” sea un *fenómeno demasiado conocido, antes que novedoso*, en América Latina: si antes se expresaba en sus formas más extremas y violentas (el golpe de Estado), hoy

se expresa en sistemas políticos exhaustos. Lo que podemos reconocer en la actualidad, a nuestro alrededor, son regímenes capturados por una minoría, que deja fuera de la administración de los asuntos comunes a la mayoría de la sociedad.

**6. Sobre la “conversacion
entre iguales” como ideal
regulativo, y la traducción de
principios en instituciones**

Sobre el ideal regulativo de la “conversación entre iguales”

Conforme anticipé, tanto para criticar como para –lo más decisivo– reconstruir o cambiar nuestro sistema institucional, necesitamos definir cuál es nuestro ideal regulativo. En el marco de este trabajo, ese ideal va a caracterizarse por dos “pilares” o componentes –que pueden reconocerse como parte de cualquier Constitución–. Hablaría entonces de los ideales de

1. la “autonomía individual” y
2. el “autogobierno colectivo”.

Para decirlo de un modo más simple, esos ideales establecen que *cada persona debe ser “dueña de su propia vida”* (debe ser quien determine su propia ideología, creencias, ambiciones, planes de vida –como lo determina, por ejemplo, el art. 19 de la Constitución argentina)–; del mismo modo en que *cada comunidad debe ser “dueña de su propio destino”* (debe poder definir, por sí sola, de qué modo quiere organizarse políticamente, económicamente, etc., lo que refiere a una tarea colectiva, tal como lo reconoce también la Constitución, y no a la tarea de una persona –el presidente– o de un pequeño grupo o élite –los jueces–). La “igual dignidad” de cada persona debe implicar, entonces,

que cada uno pueda determinar, por sí mismo, el modo en que quiere vivir –cada uno por sí, igual que cada uno de sus congéneres–. Ese punto de partida se traduce luego en la idea de que, al actuar colectivamente, y en comunidad, esas personas iguales deben tener la posibilidad de determinar de qué modo quieren vivir de forma conjunta (eso es lo que implica, por ejemplo, el principio de “una persona, un voto”).

Aunque voy a concentrarme en distintas manifestaciones e implicaciones del principio colectivo, referido al autogobierno en común, antes querría subrayar la crucial importancia del principio igualitario más básico, el de la “autonomía individual”. Y procuro hacerlo a la luz del hecho de que, durante demasiado tiempo, y aun desde posiciones supuestamente igualitarias, se desmereció su valor o, lo que es peor, se aceptó la posibilidad de desplazarlo, en nombre del sacrosanto respeto al principio democrático. Así, por ejemplo, se aceptó imponerles a las personas “disidentes” (las que no participaban de las convicciones morales prevalecientes) los requerimientos o exigencias propias de una religión particular (la religión mayoritaria –algo que hizo casi todo el constitucionalismo latinoamericano durante la primera mitad del siglo XIX–). En otros casos, se autorizaron castigos para quienes asumían formas de sexualidad diversas de las tradicionales (algo que persiste en algunos países de la región). La idea de que cada persona es igual a las otras, en su básica dignidad moral, requiere rechazar tales planteos, para erigir “muros de separación” o “protección” que impidan que el Estado o “los demás”, en nombre de sus ideas políticas o religiosas, impongan sus cosmovisiones sobre los disidentes. Este tipo de compromisos con la “autonomía individual” se encuentran hoy mucho más sólidos que en el pasado, aunque todavía nos encontremos en una situación que dista de ser

ideal: el campo de la “moral personal” continúa siendo hoy un territorio en disputa.

Dicho lo anterior, paso a concentrarme en la idea del autogobierno colectivo. Comienzo por una pregunta fundamental. He dicho ya que “cada comunidad debe determinar por sí misma de qué modo quiere vivir”. Pues bien, me preguntaría ahora: ¿qué es lo que significa, en la práctica, esa afirmación? ¿Significa que “el presidente” de la comunidad debe determinar la forma de organización en común? ¿O bien debe hacerlo el Congreso? ¿Los jueces? ¿Los ciudadanos, a través de una consulta popular? En principio, mi respuesta es negativa en relación con todas las opciones mencionadas, por más que convivamos o vayamos a seguir conviviendo con algunas de ellas (no parece cercano el momento en que abandonemos el presidencialismo, renovemos decisivamente el Congreso, cambiemos los modos del control judicial, etc.). Para asegurar el “autogobierno colectivo”, lo que debe hacer una comunidad es acercar su proceso de toma de decisiones, cada vez más, al *ideal de una “conversación entre iguales”*.

La noción de la “conversación entre iguales” evoca, como ideal, una situación en que todos (como decía Jürgen Habermas, “todos los potencialmente afectados por una cierta decisión”) se reúnen a intercambiar opiniones sobre temas que les preocupan especialmente, y lo hacen desde una posición de igualdad, es decir, la conversación no puede terminar con el “golpe en la mesa” de alguno de los miembros (como el padre autoritario en la reunión familiar que eventualmente él convoca).

Desde luego, nos alejamos de dicho ideal “inclusivo” si la organización o reforma del caso favorece la concentración del poder, como hacen los sistemas hiperpresidencialistas (del mismo modo que una familia donde todo se decide a partir de la voluntad indiscutida del padre); y

nos acercamos al ideal de la “conversación entre iguales” si permitimos que la decisión del caso incorpore más voces –y más voces críticas– que nos ayudan a repensar y corregir aquello que estamos haciendo. El punto es relevante, ya que implica señalar que la conversación ideal no queda satisfecha con la presencia de una rama de gobierno que se comporte “dialógicamente”, ni siquiera con la participación de dos o todas las distintas ramas de gobierno (supongamos, mediante un “diálogo” entre la justicia y el Poder Ejecutivo), aunque dichos logros puedan representar pasos significativos en relación con los procesos decisorios que hoy conocemos (muchas veces reducidos al “decido solo, por sorpresa y en secreto”).

La conversación ideal es la que *incluye* a la mayor cantidad posible de “potenciales afectados”, de modo que resulte informada por los puntos de vista y demandas de todos los involucrados. La razón de ello es democrática y “epistémica”: tendemos a perder información crucial si no consultamos esos intereses, nos privamos de la posibilidad de que nuestros prójimos nos ayuden a corregir nuestros errores y aumentamos el riesgo de malentender las posiciones de los demás (podemos dejar de reconocer lo que es más importante para ellos, o minimizar el impacto que les generan nuestras acciones u omisiones).

Por añadidura, la idea de “conversación entre iguales” reconoce la importancia de que las distintas voces presentes en la sociedad no solo se “expresen” sino que, sobre todo, *dialoguen/debatan* unas con otras, permitiendo que todos anticipen críticas de los demás y ajusten de ese modo sus presentaciones, y a la vez modulen aquello que tienen para decir de manera que sus puntos de vista resulten aceptables para sus interlocutores. Por eso, la “conversación entre iguales” no se lleva demasiado bien con formas habituales de lo que se denomina *democracia directa*,

que desconocen o menosprecian el valor de ese proceso de debate previo, destinado al mutuo esclarecimiento; a la vez que fuerzan a las personas a decidir, de un momento al otro, entre opciones muchas veces opuestas (“sí” o “no” a la reelección de tal autoridad), que soslayan todo lo importante, esto es, los matices que cada cual puede aportar en la discusión de los problemas comunes.

Por su parte, el cumplimiento del requisito de “igualdad” requiere que ninguna de las partes preserve poderes *discrecionales* para comenzar o terminar, a voluntad, con la conversación; o para imponer su propio criterio a pesar de (o con independencia de) las críticas y observaciones recibidas en su transcurso. Este aspecto es particularmente importante, dado que muchas de las interesantes experiencias de “conversación institucional” que conocemos son tales que uno de los poderes que la organiza o coordina es el que retiene el poder de decisión discrecional sobre todo el operativo que se pone en marcha. Ejemplos: “audiencias públicas” como las convocadas en nuestro país por el Congreso (en torno al aborto) o por la Corte Suprema (en casos de contaminación ambiental) pierden interés si, una vez instaladas, la autoridad convocante toma los testimonios del modo en que quiere y para lo que quiere; o abre y cierra los debates cuando y como lo considera adecuado, y solo porque así lo quiere.

Sobre la traducción de principios en instituciones

Cuando tenemos definidos ciertos principios o “ideales regulativos” capaces de decirnos hacia dónde dirigir nuestros esfuerzos institucionales, y también disponemos de cierto diagnóstico sobre los modos de funcionamiento y sobre las

posibles imperfecciones de los arreglos vigentes, quedamos en buenas condiciones para determinar qué caminos emprender a fin de modificar lo que existe. Por supuesto, no se trata solo de determinar, en abstracto, qué reglas o esquemas institucionales son mejores, si no contamos con la fuerza política y social necesaria para movilizar tales cambios, y sobre todo para volverlos estables. En ausencia de dicho respaldo político-social, ningún cambio puede tornarse efectivo. Con todo, mencionémoslo otra vez: mucho de lo que no se hizo hasta hoy, y mucho de lo que se hizo mal, tiene que ver también con la falta de claridad teórica acerca del “dónde” –“hacia dónde ir”– y el “cómo” –“qué medios particulares escoger para llegar allí”–. En lo que sigue, intentaré dar mayores precisiones acerca de estos asuntos vinculados con el cambio institucional.

Cambios *contra* qué: un enfoque ajustado en “tiempo” y “contexto”

Tenemos alguna claridad, a esta altura, acerca de la dirección de los cambios institucionales deseables. Sabemos que debemos volver a conectar el sistema institucional con principios democráticos que este rechazó en sus orígenes, de forma que restablezcamos el lazo entre el proceso de toma de decisiones y una ciudadanía que hoy se considera ajena a él. Al mismo tiempo, tenemos alguna claridad acerca del contenido de tales cambios: deben basarse en mecanismos inclusivos y dialógicos, capaces de poner en acto el ideal de la “conversación entre iguales”. Hoy sabemos que esa aspiración ya no representa una lejana utopía, un breviario de ideales abstractos y ajenos a la realidad.

En el camino, hemos ido definiendo también el *contra* qué de nuestro enfoque: los escenarios y prácticas que aquí se rechazan, y contra los cuales tales cambios deben motorizarse. Mencionamos, por caso, la importancia de termi-

nar con el principio de la "desconfianza democrática" que pareció guiar el diseño institucional desde sus inicios, y de ese modo terminar con la práctica de la "autonomización del gobierno" que esa desconfianza llegó a posibilitar.

Avancemos ahora con algunas consideraciones contextuales, históricas, a las cuales debería ajustarse –o mejor: frente a las cuales debería saber reaccionar– un sistema institucional apropiado. Según entiendo, desde sus inicios, la virtud del sistema institucional mismo (en los casos en que fue virtuoso, y fueron varios) tuvo que ver con su capacidad para dar cuenta y hacer frente a los "dramas" o tragedias de su época: la crisis de la emancipación política en sus inicios (en toda Latinoamérica), el drama de las facciones enfrentadas (en los Estados Unidos, y desde allí al resto de la región), o la doble tragedia de la "anarquía" y la "tiranía" de la que se habló en el continente entero, luego de la independencia. Un problema creciente del sistema institucional, sin embargo, tuvo que ver con su paulatina pérdida de "sentido" o "rumbo": muy pronto las instituciones fueron manipuladas por sectores en el poder, para satisfacer objetivos no profundos ni de largo o mediano plazo, sino *consideraciones de corto plazo y coyunturales* (típicamente, la reelección, la impunidad).

En la actualidad, volver a conectar el sistema institucional con objetivos de mediano y largo plazo requiere mirar atrás y distinguir cuáles son los males de época. Por ejemplo, en períodos recientes, en América Latina al menos, se reconoció como central el drama de la inestabilidad política, expresada en recurrentes "golpes de Estado" (aunque no se terminó de actuar al respecto, salvo a partir de tibias iniciativas de atenuación del hiperpresidencialismo). Y no hubo drama más grave y reciente, en toda la región, que la crisis de derechos humanos (a la que se "respondió constitucionalmente", en parte y limitadamente, del modo

tradicional: la incorporación de compromisos nuevos, en la materia, en el área de las declaraciones de derechos).

Según entiendo, en la actualidad, un cambio institucional apropiado debería tomar en cuenta una línea de dificultades mayúsculas que la región arrastra hace tiempo, en diferentes esferas: el “drama de la desigualdad” (política, económica, social, constitucional). Sin duda alguna, ha marcado la vida de la Argentina y de la región, desde sus comienzos. A continuación, examino algunas cuestiones y respuestas que podrían plantearse al respecto.

Concentración del poder

La desigualdad económica y social se instaló desde los tiempos de la colonia, y el derecho vino a expresar, legitimar y permitir la reproducción de ese estado de cosas. Desde la independencia, la organización constitucional varió, pero el orden desigual se mantuvo. El sistema constitucional erigido desde entonces, y reforzado con carácter definitivo desde mediados del siglo XIX, permitió la manifestación institucional de dicha desigualdad originaria. Tanto la hostilidad del sistema institucional frente a la intervención de la ciudadanía como el peculiar hiperpresidencialismo gestionado desde entonces en América Latina (forma distintiva del tipo de constitucionalismo “importado” en ese momento desde los Estados Unidos) llegaron a consagrar, en el máximo nivel legal, aquellas desigualdades. El poder se concentró de manera extrema: de por sí, el poder concentrado sirvió siempre al poder concentrado. La discrecionalidad se convirtió entonces en regla legal.

En razón de todo esto, nuestras energías constitucionales deberían dirigirse, de forma prioritaria, a terminar de una vez con esa desigualdad, expresada por la Constitución. En materia institucional, este esfuerzo requiere no solo

volver a dotar de protagonismo a la ciudadanía, sino también su contracara: terminar con una clase dirigente que hoy se ha autonomizado, y que por tanto tiende a decidir en su propio beneficio (lo que genera *abusos de poder* y *corrupción*), evitando controles que puedan limitar las ventajas que obtiene (*impunidad*). Todos esos objetivos, ligados a consideraciones contextuales de mediano y largo plazo (terminar con esos mismos abusos de poder, corrupción e impunidad) no van a lograrse nunca apelando a la buena voluntad de los de “adentro” (“¡compórtense virtuosamente!”) o “afuera” (“¡voten bien la próxima vez!”), ni estableciendo mecanismos de control que vuelvan a quedar, en última instancia, en manos de quienes están en el poder (precisamente, los de “adentro”): *es la ciudadanía la que debe retomar en sus manos, sin mediaciones, esos mecanismos de decisión y control*. Veamos algunas consideraciones al respecto.

Déficit de representación

Conocemos ya de qué modo la desigualdad constitucional se ha venido afirmando a través de un sistema representativo muy deficiente: no solo por estar diseñado para la “separación” entre representantes y representados, sino además por apoyarse en una descripción de la sociedad (lo que denominamos una “sociología política”) que hoy, al menos, resulta insostenible.

Ante esta crisis irreparable, no tiene sentido seguir pensando los problemas de representación como si fueran atribuibles a las malas elecciones de los electores; tampoco tiene sentido insistir con cambios cosméticos por los canales tradicionales (como una reforma en la ley de partidos políticos). La inabarcable diversidad social, propia de nuestras sociedades multiculturales, requiere hacer el mayor esfuerzo por consultar directamente a los grupos más afectados, cada vez que ello sea factible. Dicha

consulta debe ser inclusiva, y basarse en la información y el diálogo, en la medida de lo posible, sin quedarse en formas tradicionales de representación virtual ampliada (legislativos más numerosos), o en apelaciones directas no respaldadas por un amplio proceso previo de información y debate (como en los casos habituales de la democracia directa). El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, que exige la consulta directa a los grupos indígenas afectados por determinadas políticas públicas o decisiones de política económica (como la instalación de emprendimientos mineros en tierras ancestrales), representa un buen primer paso en esa dirección (sobre todo cuando, como lo ha ido determinando la jurisprudencia en la materia, las consultas del caso no se reducen a meros formalismos vacíos o inútiles para obtener el “sí” o “no” de las comunidades). Muchas de las experiencias recientes de asambleísmo ciudadano –con la participación directa de la ciudadanía, a veces escogida por azar, para discutir específicos problemas institucionales: matrimonio igualitario, reformas electorales, etc.– también constituyen formas posibles, y relativamente exitosas, del camino señalado.

Las experiencias comparadas en las que pienso son variadas y se repiten, en países muy diversos, desde hace más de veinte años. Tengo en mente sucesos tales como la Convención Constitucional de Australia, en 1998; la Asamblea Ciudadana sobre Reforma Electoral en Columbia Británica (Canadá), en 2005; la Asamblea Ciudadana sobre Reforma Electoral en Ontario (Canadá), en 2006; el Foro Ciudadano Holandés, ese mismo año; la Reforma Constitucional en Islandia, en 2009; la Convención Constitucional de Irlanda, en 2012; la Asamblea Ciudadana de Irlanda, en 2016. Aunque las experiencias anteriores me resultan de una importancia

extraordinaria, pueden mencionarse otras más cercanas. En particular, los debates y cabildos constituyentes convocados hacia el final del gobierno de Michelle Bachelet, en Chile; y sobre todo el debate público en torno al aborto organizado desde el Congreso, en la Argentina, en 2018. Otra vez, encontramos allí instancias muy relevantes de debate público. Todas las iniciativas mostraron varias notas interesantes y comunes: surgieron de momentos de crisis, se organizaron en torno a formas de deliberación democrática y reservaron un lugar centralísimo para la ciudadanía, que las protagonizó. En varios casos, los debates quedaron en manos, exclusivamente, de ciudadanos, muchas veces escogidos al azar, entre personas sin afiliación partidaria. Por supuesto, experiencias como estas constituyen, todavía, promesas, que no han terminado de concretarse enteramente y que muestran dificultades para convertirse en prácticas estables. El “viejo sistema” institucional se encuentra todavía capacitado para imponerse a las nuevas prácticas o para fagocitarlas. En todo caso, nos encontramos allí con un atractivo territorio institucional, todavía en disputa, que ya nos ha legado lecciones muy importantes sobre lo que es posible y deseable, aquí y ahora, en términos institucionales.

Sistemas de contralor socavados “desde adentro”

Así como el sistema representativo tradicional aparece dañado de un modo irreparable, así también el “viejo” sistema de controles o “frenos y contrapesos” parece difícil de recuperar. Conocemos ya algunas de las razones de ese deterioro. Por ejemplo, la preferencia original por establecer controles “endógenos” antes que “exógenos” o “populares”; y también la “soledad” en que quedó el sufragio periódico como herramienta de control (dada la paulatina supresión de herramientas que po-

dían acompañarlo en un principio); sin olvidar el modo en que la tradicional estructura de controles (los “frenos y contrapesos”) respondió más a la vieja *lógica de la “paz armada”* (dotando de “herramientas defensivas” a cada rama del poder), que a la *del “diálogo” entre diferentes*; ni el modo en que dicha maquinaria de controles se basó en la “desconfianza democrática”; además, tenemos presente que los intentos de reforma se quedaron “puertas afuera” de la “sala de máquinas” de la Constitución; por último, notamos que, a partir de fracasos como los anteriores, la dirigencia política-económica tendió a autonomizarse del resto de la ciudadanía (fenómenos estos alimentados, reforzados y agravados en el marco de sociedades desiguales e injustas).

A la luz del ideal regulativo de la “conversación entre iguales”, cada una de las fallas señaladas –en materia tanto de organización del poder como de representación y de control– ofrece alguna pista acerca de lo que podría hacerse para enfrentarlas. Algunas sugerencias al respecto:

1. como principio general, crear formas de intervención directa de la ciudadanía, o de sectores específicamente afectados, dentro del proceso decisorio;
2. terminar, por tanto, con la concentración de poder hoy existente, en todas las esferas (política, económica, constitucional), en particular a partir de cambios en los arreglos constitucionales vigentes –mediante una modificación drástica de la actual “sala de máquinas”, horizontalizando un poder de gobierno hoy vertical y concentrado–;
3. definir herramientas distintas y adicionales al voto, de modo de volver a tender puentes entre ciudadanía y gobierno;

4. establecer mecanismos que favorezcan el diálogo entre las ramas del poder, y el de ellas con la ciudadanía, y el de la ciudadanía en su interior;
5. fortalecer los controles "populares" sobre el poder, quitando el cuasimonopolio que hoy ejerce la clase dirigente de los mecanismos de control que recaen sobre ella misma, en las áreas más diversas, pero en particular en aquellas relacionadas con sus propios abusos y privilegios.

La expectativa es terminar con la "autonomización" de los sectores encaramados en el poder, a través de mecanismos que ofrezcan a los ciudadanos un papel más protagónico en la decisión y control de los propios asuntos. En definitiva, el sistema institucional en su conjunto debería pasar a sustentarse en la confianza, y ya no en la desconfianza, hacia la ciudadanía democrática.

Una noticia importante al respecto es que muchos de esos cambios no son utópicos ni exigen, necesariamente, la previa concreción de una reforma constitucional profunda (ni siquiera una reforma constitucional). Es más: muchos de los recientes experimentos asambleístas han podido llevarse adelante sin modificación previa (y ambiciosa) en el texto de la Constitución. De todos modos, es cierto también que el pleno éxito de sus logros, y en particular la *estabilización* de las políticas adoptadas, puede requerir, sí, cambios en las reglas de juego, para que los procedimientos legales sean más favorables a –más amigables con– la producción de decisiones más horizontales y democráticas.

**7. Sobre la ética personal
en contextos de radical
desigualdad (con una coda
sobre la ética de la abogacía y
su sensibilidad hacia el poder)**

Querría destinar estas últimas páginas a pensar algunas cuestiones de ética personal, ciertas líneas de conducta que podemos poner en práctica aquellos de nosotros que nos consideramos orientados por ideales democráticos e igualitarios, en el difícil marco institucional dentro del cual nos movemos.

En la actualidad —y más allá de que siempre podamos señalar gobiernos y funcionarios más o menos de nuestro agrado—, toda la estructura institucional está preparada para favorecer la discrecionalidad, el abuso y el propio beneficio de quienes gozan de poder político y económico. Estos últimos saben que tienen, en buena medida, las manos libres para tomar decisiones en su provecho (autointeressadas), cuentan con facilidades e incentivos excepcionales para pactar con otros miembros de la élite, y encuentran pocas razones para temer una “responsabilización” o “castigo” ciudadano por sus acciones y omisiones. Los recursos y beneficios disponibles son enormes (dinero, cargos, privilegios, etc.) y las herramientas ciudadanas para el control del poder, escasas e ineficientes. Ejemplo: hay infinitamente más posibilidades de que se tome, se deje de aplicar o se modifique una política pública a partir de las presiones personales de un lobista, que a partir de la movilización de decenas de miles de personas. En definitiva, la gravísima e injustificada desigualdad que se advierte en nuestras sociedades, en materia económica y social,

se reproduce en las áreas relacionadas con la política y el constitucionalismo: también el poder de decisión y control queda distribuido de forma muy desigual, así como los textos constitucionales tienden a reflejar y a alimentar esa situación.

Aunque los actuales niveles de concientización y movilización social en todo el mundo representan buenas promesas para el cambio social, hay razones para ciertas notas de pesimismo. Se ha producido un quiebre muy fuerte entre la clase dirigente (política y económica) y la sociedad, que parece difícil de reparar y revertir. Los vínculos internos y vasos comunicantes entre sus miembros hacen que la disputa que se plantea (entre quienes están “dentro” y “fuera”) resulte todavía más difícil. El pacto implícito o explícito entre los individuos y grupos que conforman la élite del poder, y que a veces se expresa en su alternancia, es muy sólido. Muchas veces, por tanto, nos contentamos con cambios coyunturales y episódicos en los elencos de gobierno o en las coaliciones político-económicas, pero dejamos de lado (o no queremos reconocer) las enormes y previsibles *continuidades* que suelen acompañar a tales modificaciones.

Al reconocer algunas de las principales características e implicaciones de la vida pública actual –de su escenario institucional, al menos–, ganamos información muy relevante para determinar de qué modo actuar y de qué modo no hacerlo. Frente a ese panorama, por supuesto que sigue teniendo sentido hacer política –tal vez más que nunca antes–. Aun cuando reconozcamos el problema, puede tener sentido comprometerse en la política partidaria, de modo que favorezca la llegada al poder y/o el fortalecimiento de ciertas ideas políticas en lugar de otras. Digo “aun cuando” porque resulta esperable que, en la actualidad, la política partidaria quede capturada por las élites dominantes, y

aparezca en los hechos al servicio del *statu quo*, antes que a favor del cambio social. El hecho es que los elencos políticos dominantes y las coaliciones de poder tienden a cambiar, pero las líneas político-económicas de fondo tienden a mantenerse intocadas. Este dato nos exige mantener un cuidado y escepticismo especiales en relación con la militancia partidaria: otra vez, no para comprometernos menos, o menos activamente, sino para no terminar sirviendo a estructuras y finalidades que repudiamos, dado que los canales establecidos de los partidos aparecen hoy como particularmente contaminados por los intereses propios de las élites. Por lo demás, es importante subrayar que hay muchas formas de compromiso atractivas, al alcance de uno, alternativas a la política partidaria (como la intervención en sistemas de voluntariado y economía solidaria, la participación en movimientos sociales al estilo de Me Too o Ni Una Menos, la militancia en organizaciones no gubernamentales o entidades de derechos humanos, etc.). Decir esto no implica sostener ligerezas del tipo “solo se puede hacer política en un mundo puro e incontaminado”. Podemos dar por descontada la “impureza” del mundo político que nos rodea: antes, ahora y mañana. Lo que subrayamos es lo irracional e injustificado de trabajar para fines en buena medida contrarios a aquellos por los que uno se propone y dice trabajar.

En definitiva: no tiene sentido involucrarse en política para ayudar a que los poderosos expandan y consoliden sus privilegios, fortaleciendo de ese modo la dominación, y mucho menos hacerlo en nombre de los derechos e intereses de los más desaventajados. En la actualidad –y para decirlo de un modo simplificado y brutal– la vida pública aparece planteada como “los de adentro” *versus* “los de afuera”, esto es, a partir de una ruptura entre quienes forman parte de las élites político-económicas (que rotan

y se renuevan periódicamente) y quienes se encuentran situados por fuera de esas estructuras de privilegio. Los activistas y las personas comprometidas en la esfera pública, entonces, deben optar por trabajar “para los de adentro” o “por los de afuera”. Insisto en lo obvio: los límites entre “adentro” y “afuera” no son claros; tampoco es cierto que los “bandos” resulten homogéneos en ningún sentido (vivimos en sociedades fundamentalmente heterogéneas): encontramos personas y proyectos valiosos todo a lo largo del espectro social. Sin embargo, aun así, conviene no perder de vista la presencia, influencia e importancia de dicho “corte social estructural”: buena parte de los recursos económicos y coercitivos de la sociedad se encuentran bajo el control de una élite (una que, para empezar, dispone del manejo del presupuesto y el monopolio de la violencia legítima), que busca preservar ese estado de cosas injusto y a su servicio.

Coda

Para quienes trabajamos en el área del *derecho* (más aún para quienes se sitúan “por afuera” y “desde abajo”), todo lo que venimos diciendo tiene un significado especial, sobre todo a la luz de una evidencia de larga data: la capacidad que esta disciplina muestra para ayudar a reproducir los niveles de desigualdad existentes en la sociedad. Actuando de ese modo, el derecho permite legitimar situaciones de violencia y dominación como las que son características en sociedades injustas como las nuestras. Ocurre que, cuando una decisión con consecuencias opresivas, o de algún modo abusivas por cuanto suponen cierto grado de explotación, adquiere el “certificado de validez” que proporciona el derecho (porque la decisión

se convierte en ley, o porque es sostenida por un decreto presidencial, o porque es respaldada por una decisión judicial), ve reforzada entonces su legitimidad, se estabiliza, gana encarnadura, y se torna mucho más difícil de desafiar socialmente. Dada esa “virtud legitimadora” que tiene el derecho, los servicios ofrecidos por los abogados generan tanto interés en quienes ocupan posiciones de poder. En particular, pienso en los abogados “más notables”, esto es, aquellos profesionales que muestran capacidades técnicas, conocimientos teóricos, contactos con la élite dirigente o habilidades particulares para lidiar con los obstáculos y vericuetos que el derecho presenta. La (real y creada) complejidad del derecho, la labilidad de la interpretación legal, los formalismos legales (innecesarios, inventados, buscados), las imprecisiones y ambigüedades propias del lenguaje especializado, y, sobre todo, las serias fragilidades que terminan distinguiendo cada decisión legal y cada decisión judicial representan un campo extraordinariamente fértil para los abogados más sagaces y menos escrupulosos. En sus manos, el derecho se convierte en un material de una plasticidad inmensa, susceptible de casi cualquier lectura –una, y su contraria–. De allí que no haya ley que no pueda cuestionarse ni decisión judicial que no pueda ser revertida o impugnada hasta su invalidación. En los hechos, en casi todos los casos, aparecen defectos de algún tipo en lo decidido por el derecho, formalidades que no resultan suficientemente cumplidas y recursos jurídicos disponibles, que permiten desafiar cualquier decisión legal. Como si las seguridades y garantías de imparcialidad que busca ofrecer el derecho devinieran en medios aptos o diseñados para convertir en incierta o cuestionable toda decisión jurídica. Como si al derecho le interesara crear, en sus extremos de certeza, su propio territorio de vulnerabilidad.

De lo anterior resulta que, mientras los acusados con menos recursos –y por tanto, con peores abogados– tienden a padecer el derecho, y a sufrirlo en sus peores formas –la cárcel–, los más poderosos –los que pueden contratar a los abogados “más notables”– tienden a zafar de la aplicación de la ley, o a librarse de cualquier condena. Son ellos, los más poderosos, aquellos a quienes se disponen a servir las fragilidades del derecho prevalecientes. De allí también el desprestigio que suele rodear al derecho, en tanto disciplina cuyas prácticas cotidianas promueven la legalización de actividades ilegales y asegura la impunidad de los sectores dominantes. *El derecho puede y debe ser otra cosa.* Quienes lo pensamos desde un punto de vista igualitario, y por tanto democrático, tenemos que reconocer que *puede y debe trabajar en la dirección opuesta*, esto es, a favor del empoderamiento legal de los más débiles y en contra de la impunidad de los más poderosos.

Epílogo

El principal objeto de este texto ha sido reflexionar críticamente sobre el estado del constitucionalismo americano. Vimos cómo este se ha desarrollado de un modo que afecta la realización de sus principales promesas —las que le daban legitimación y sentido—. Pienso, en particular, en sus auspiciosos anuncios relacionados con la *autonomía individual* y el *autogobierno colectivo*. Por lo general, el constitucionalismo regional ha servido, en los hechos, para negar el primer ideal a través de la imposición de alguna forma de perfeccionismo estatal (por medio del establecimiento de una religión oficial, como era común en el siglo XIX, o bien por medio de políticas definidas por las pautas morales de la dirigencia, negando de ese modo el igual respeto a las diversas concepciones de vida existentes en la sociedad). De manera similar, el constitucionalismo ha socavado o tornado imposible su promesa de realización del autogobierno colectivo porque, en los hechos, sigue estando muy marcado (en el núcleo mismo del sistema de organización de poderes que establece) por un principio de “desconfianza democrática”. Precisamente por eso me interesó llamar la atención sobre los rasgos estructurales que reflejan esa “desconfianza”, así como sobre los modos en que tales estructuras se desarrollaron y degradaron con el paso del tiempo. Al respecto, examiné la deficiente organización del *sistema representativo*, y también su paulatina pérdida de fuerza y poder expresivo, a partir

de cambios en la organización social. Además, mostré los problemas estructurales que afectan al *sistema de controles constitucionales*: tanto los controles *internos* (inherentes al Poder Judicial, en particular), como los *externos* o *populares* (problemas expresados en los límites crecientes que afectan el valor del voto periódico).

En definitiva, *la entera "maquinaria del poder" expresa hoy fallas muy graves y difíciles de reparar, en sus dos aspectos fundamentales: la representación social y el control del poder*. Las diversas y múltiples reformas puestas en marcha en más de dos siglos de funcionamiento del sistema constitucional (en particular, pero no solo, reformas constitucionales) no lograron revertir las dificultades institucionales existentes. Dicho resultado se debió, sobre todo, a los límites estructurales de tales cambios, que nunca se propusieron terminar con una organización del poder concentrada, y en los hechos hostil a la intervención política de la ciudadanía. La consecuencia de los déficits estructurales existentes y de la degradación institucional que sobrevino ha sido la gradual *autonomización* de la clase dirigente y la consolidación de gobiernos de élite.

Hacia el final, indagué acerca de las formas que podrían asumir potenciales cambios sustantivos en la organización constitucional. Y lo hice sobre la base del ideal regulativo "deliberativo", presente a lo largo de todo este escrito. En ese sentido, mostré que diferentes arreglos institucionales, aparecidos en los últimos años (en buena medida, como reacción al agravamiento de la crisis y la "erosión democrática" del sistema), sugieren la plausibilidad y potencia de alternativas capaces de traducir, en la práctica, dicho ideal dialógico. Ello, más allá de que nuestras viejas estructuras institucionales, y las élites dominantes que ocupan las posiciones de poder, resistan la creación, implementación y estabilización de alternativas.

Me propuse mostrar, en suma, el estado de “quiebra” que distingue al constitucionalismo americano, y hacerlo desde un ideal igualitario y democrático, destinado a informar esa crítica, pero orientado también a iluminar posibles vías de salida frente al actual derrumbe institucional. La apuesta de este escrito es en favor de una *conversación entre iguales*, un ideal que es traducible en prácticas efectivas que, hoy lo sabemos, no merecen seguir siendo confinadas al rincón de las utopías inalcanzables.

