

LA BELLEZA DEL DERECHO Y EL IDIOMA DE LA IGUALDAD¹

ROBERTO GARGARELLA

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNT)
dante.mirra@derecho.unt.edu.ar

En este brevísimo estudio, me propongo reflexionar sobre el vínculo inescindible que existe entre el constitucionalismo y el principio de igualdad. De manera más específica, voy a examinar algunas implicaciones institucionales posibles de ese compromiso igualitario del constitucionalismo —implicaciones que, según diré, conviene explorar con especial atención en estos tiempos, de oscuridad y crisis democrática—. Comienzo con algunas breves notas en torno a la igualdad y la Constitución.

1. SOBRE EL CARÁCTER INEVITABLEMENTE IGUALITARIO DEL CONSTITUCIONALISMO

A fines del siglo XVII, el liberal John Locke escribió su *Tratado sobre el Gobierno*, y en él incluyó sus célebres páginas en defensa del derecho a la propiedad. Es probable que, dados sus vínculos con la elite británica, Locke se propusiera, con su trabajo, justificar la apropiación privada de tierras “libres” que llevaban adelante, en ese entonces, sus amigos y favorecedores. Sin embargo, no pudo hacerlo: Locke reconoció que su tarea justificativa le requería, antes que nada, expresarse en el lenguaje de la igualdad. Habló entonces de un derecho universal a la propiedad, y defendió la apropiación de tierras sólo si se trataba de tierras “libres”, es decir, si las tierras del caso eran propiedad de “nadie”, y eran tierras que uno trabaja

1. Conferencia dada en ocasión del otorgamiento del Doctorado Honoris Causa por la Universidad Nacional de Tucumán.

ba y además—esto era lo crucial— si se trataba de apropiaciones que dejaban “tantas y tan buenas tierras para los demás”. En otras palabras, la apropiación privada solo podía justificarse dentro de un marco fuertemente igualitario, en el que todos resultaran tratados de modo estrictamente equitativo. Es decir, la única justificación del derecho de propiedad que Locke (“el padre de la propiedad privada”) consideró aceptable, era una que fuera compatible con el respeto a la igual dignidad moral de cada uno.

A fines del siglo XVIII, James Madison, junto con un grupo de lúcidos dirigentes norteamericanos, en su mayoría propietarios de esclavos, escribieron la todavía vigente Constitución de los Estados Unidos. Posiblemente, en ese momento, nada les interesara más, a tales activistas, desde la posición aventajada que ocupaban, que respaldar jurídicamente a la propiedad de esclavos, de forma tal de dotar de firmeza y estabilidad a sus propios privilegios. Sin embargo, no pudieron hacerlo. Lo sabían: un documento así no sería aprobado por nadie. Por tanto, en la Constitución se dedicaron a hablar de otros temas, y en otros modos. Se refirieron, entonces, a la igualdad ante la ley; a los derechos de petición y asamblea; a la libre expresión y a otros derechos fundamentales, pero no pronunciaron ni una sola palabra en apoyo de la esclavitud. La prioridad de producir una Constitución aceptable para todos, los obligó a dejar de lado algunas de sus principales preocupaciones personales, para dar lugar, en cambio, a un documento legal decididamente igualitario.

A mediados del siglo XIX, cuando el tucumano Juan Bautista Alberdi concibió a nuestra Constitución, lo hizo a partir de ideas informadas por el pensamiento de autores liberales, sobre todo en el terreno económico, como Adam Smith y Herbert Spencer. Sin embargo, el texto final de la Constitución Argentina quedó definido por normas de otro contenido: cláusulas igualitarias, que consagraron el fin de los privilegios y prerrogativas de sangre; que abolieron la esclavitud y los títulos de nobleza; que establecieron

a la igualdad como “base del impuesto y de las cargas públicas.” Asimismo, nuestros constituyentes reconocieron los mismos derechos e inmunidades para todos los habitantes del país. Mucho más que eso, la Constitución permitió las protestas; afirmó el derecho de asamblea; y defendió el derecho de peticionar y criticar a las autoridades sin censuras de ningún tipo. Más todavía: la Constitución se comprometió con un “garantismo” radical; exigió cárceles “sanas y limpias”; prohibió los tormentos, e hizo responsables a los jueces por cualquier medida capaz de “mortificar” a los detenidos. Es decir, nuestros constituyentes advirtieron que una Constitución de otro tipo —una que celebrara la injusticia social o consagrara privilegios y ventajas inmerecidas, no iba a ser aceptada por nadie, aún en la Argentina excluyente, y ya muy injusta, de aquellos tiempos—.

Las ilustraciones anteriores nos ayudan a reconocer lo que podríamos denominar la “belleza del derecho”. Quiero decir, la idea según la cual, en una sociedad democrática, el derecho sólo puede hablar un idioma: el idioma de la igualdad. En efecto, el derecho no puede expresarse en un lenguaje distinto del de la igualdad, si es que pretende —como necesita hacerlo— ganar legitimidad, hasta ser reconocido y aceptado por todos. Alguno podrá exclamar, ante lo dicho: “Qué hipocresía! Autores que abrazan conceptos y consagran derechos en los que tal vez no creen, y que tal vez íntimamente resisten o repudian.” Pero habrá que responderle a tales críticos con la máxima de La Rochefoucauld: “La hipocresía es el homenaje que el vicio le rinde a la virtud”. El derecho —permítanme subrayarlo— no tiene otra alternativa, sino la de expresarse a través del idioma de la igualdad.

Lo dicho hasta aquí implica, además, una mala noticia para quienes hoy quieren comprometer al derecho con la preservación de desigualdades y privilegios que el derecho rechaza; o quieren ponerlo al servicio de una concentración de poder que el derecho niega. Lo que “dice” o “exige” una Constitución no depende de las intenciones de quienes la idearon o escribieron. Nosotros, como ciudadanos, no

estamos obligados por "lo que íntimamente quería Madison" o "lo que intensamente deseaba Alberdi". Nuestros derechos y deberes dependen de lo que está escrito en la Constitución, y no de las intenciones o deseos privados de sus autores.

Quisiera, al respecto, señalar y destacar lo siguiente: la Constitución, cualquier Constitución, por el solo hecho de serlo, resulta la expresión de un "pacto entre iguales": el testimonio de un acuerdo que involucra a todos, sin distinciones de credo, raza, género, color de piel, o nivel económico. Quienes no me creen, o piensan que exagero, pueden leer lo que dice la primera línea de buena parte de las Constituciones modernas, comenzando por la de los Estados Unidos —me refiero a una Constitución sobre la cual resultaron moldeadas, en buena medida, todas las Constituciones latinoamericanas. ¿Qué es lo que leemos allí al comienzo, apenas despierta el texto constitucional norteamericano? Lo que leemos es la frase "We the People." Eso es lo que —aún la elite de la dirigencia norteamericana, muchos de ellos esclavistas— se vieron obligados a dejar en claro, cuando comenzaron a escribir la Constitución. Desde el mismo comienzo. Hablaron de "Wethe People," nada menos.

Ese "We the People" de la Constitución de los Estados Unidos, en la Constitución Argentina se transforma en "Nosotros, los representantes del pueblo." Sin embargo, en cualquiera de las dos versiones, y aún cuando podamos considerar la declaración inicial de la Carta Magna de los Estados Unidos como más acabada, la elección de tales fórmulas inaugurales de la Constitución nos habla —una vez más— de los compromisos igualitarios del constitucionalismo. Parafraseando al discurso de Abraham Lincoln en Gettysburg, podríamos decir que, en toda América, la Constitución fue entendida, desde un comienzo, como un documento que es *de* todos, está escrito *por* todos, y está al servicio de todos: es *para* todos los habitantes, situados en pie de igualdad.

2. SOBRE EL SISTEMA DE REPRESENTACIÓN POLÍTICA, Y LA DEMOCRACIA

Ahora que reconocemos mejor el hilo igualitario que recorre toda la Constitución, permítanme detenerme en un aspecto central (sólo uno) del esquema de gobierno elaborado por el constitucionalismo moderno. Me refiero a una pieza que es fundamental para el buen funcionamiento de todo el sistema de gobierno elaborado, cual es el establecimiento de un esquema representativo. Me refiero, entonces, a la representación política. En este punto, volvemos a encontrarnos en una encrucijada interpretativa. Sin embargo ahora, por suerte, contamos con mejores herramientas teóricas para el análisis del tema. El punto sobre el que quiero concentrarme es el siguiente. Es muy probable que nuestros “padres fundadores” pensaran el sistema representativo en los términos excluyentes que fueran típicos o habituales dentro de la elite de la época. En tal sentido, es probable que la concepción que predominara entonces (fines del siglo xviii, comienzos del xix) sobre la representación política, fuera una que definiera al concepto de representación como “primera opción”, u “opción preferida”, esto es, representación no como alternativa a evitar, o “segunda opción” o “mal necesario”, ante la dificultad (física, espacial, burocrática) de asegurar que “todos” participemos en el gobierno. Quiero decir, es probable que aquellos patriotas tuvieran en mente un gobierno de pocos, y para pocos, bajo la razón —que era también una excusa— de que “no pueden intervenir todos, directamente, todo el tiempo, en los asuntos de gobierno.” Sin embargo, ocurre que—otra vez— nuestros “*founding fathers*” no pudieron decir algo así en la Constitución, y de hecho no lo dijeron así y, por el contrario, nos dijeron otra cosa —como sabemos, pronunciaron y por ejemplo, frases como “We the People”—. Y aún en casos como el del constitucionalismo argentino, que incluyeron de forma más explícita una proclama como las del art. 22 (la que

dice que el pueblo no delibera ni gobierna sino por intermedio de sus representantes), dicha proclama resultó contrabalanceada por otras afirmaciones enfáticas del mismo texto constitucional, y orientadas en dirección contraria a la señalada (afirmaciones que nos refieren a los derechos de expresión, petición, asamblea, reunión, etc.). Más que eso, y sobre todo, la Constitución vigente en la Argentina, incluye, desde 1994, nuevos compromisos que nos refieren, por caso, a una diversidad de mecanismos que llaman a la participación directa del pueblo en los asuntos públicos. En definitiva: como "Wethe People," nosotros los ciudadanos tenemos el pleno derecho de asumir —de seguir asumiendo— que la concepción de la democracia representativa que abraza nuestra Constitución es una que nos tiene, y nos quiere tener, como protagonistas.

A mi criterio, la interpretación señalada se deriva de una lectura más bien "natural" de la Constitución: es lo que se infiere de sus propias palabras, de los términos que explícitamente emplea, desde su propio inicio; y es lo que se deduce también de una lectura más general, "global" y actualizada de la Constitución. En todo caso, y para reforzar lo dicho hasta aquí de un modo que creo relevante, agregaría algún argumento teórico adicional, relacionado con la particular concepción de la democracia que defiende —ello, aunque buena parte de lo que diga, de aquí en más, puede sostenerse con independencia de la concepción de la democracia que yo o cualquiera de los presentes prefiera o defienda—.

Siguiendo a Carlos Nino, defiende una aproximación democrática al constitucionalismo, que implica entender a la Constitución como un "pacto entre iguales", como un procedimiento destinado a hacer posible el autogobierno, esto es, hacer posible que las decisiones colectivas (las que van a afectarnos a todos) sean el resultado de un acuerdo meditado, deliberado, construido entre todos, a través de una conversación colectiva. Esta visión de la democracia, en apariencia compleja o demasiado idealista o abstracta, se apoya

en verdad en ciertas afirmaciones de sentido común, como las que sostenían John Stuart Mill o, más contemporáneamente, Robert Dahl. En efecto, John Stuart Mill supo sostener, en su monumental obra *Sobre la libertad*, que “cada persona” debía ser considerada “el mejor juez de sus propios intereses”. Mill vinculaba dicha afirmación con un supuesto sensato y muy comprensible a la vez, que le daba fundamento a lo expresado: simplemente, “cada persona es la más interesada en su propio bienestar”. Ésta afirmación, sensata y de sentido común, es exactamente la misma visión que recupera contemporáneamente Robert Dahl, cuando considera que “en la ausencia de una fuerte demostración en contrario, cada persona debe ser reconocida como el mejor juez de sus propios intereses”. A algunos les podrán resultar contra-intuitivas estas nociones. Estos escépticos podrían preguntarnos: “a quién le interesa, o qué significa, o por qué importa” que “cada uno sea el mejor juez de sus propios intereses”. Sin embargo, a tales críticos habrá que decirles que es exactamente sobre supuestos como los señalados, que descansa un principio fundante de la vida democrática moderna. Me refiero, nada más ni nada menos, que al principio de “una persona, un voto”. En efecto, ese fundamental principio, vigente en todo Occidente, desde hace cientos de años, reposa sobre la idea de que cualquier adulto (con independencia de su color de piel, edad, coeficiente intelectual o estudios) tiene algo importante que decir, acerca de la vida en común —algo *igualmente* relevante que los demás—. Dicha idea, por lo demás, y para quien le interese, resulta esencial en la ya célebre formulación de Jürgen Habermas sobre la democracia deliberativa —una que, en sus términos, afirma como central al valor de la “discusión pública entre todos los potencialmente afectados”—. Allí —en una formulación como la de Habermas— resultan expresados, claramente, los dos pilares esenciales de la democracia, tal como aquí la entiendo y tal como voy a entenderla de aquí en más: hablo del “pilar” democrático de la inclusión social, y del “pilar” democrático de la discusión pública.

A esto —la democracia erigida sobre esos dos pilares (la inclusión y el debate público)— es lo que denomino, finalmente, “una conversación entre iguales”.

3. SOBRE EL PRINCIPAL DESAFÍO QUE ENFRENTAN LAS DEMOCRACIAS REPRESENTATIVAS, EN LA ACTUALIDAD

Hice referencia, hasta aquí, al contenido necesariamente igualitario del constitucionalismo. Aludí, por lo demás, a los fundamentos democráticos del sistema representativo. Me referiré ahora, a continuación, al principal desafío que, según entiendo, enfrenta ese constitucionalismo democrático. Quiero concentrarme, en tal sentido, en un problema que afecta severamente a nuestro constitucionalismo democrático, más allá de cuál sea nuestra lectura favorita sobre la Constitución, cuál nuestra interpretación preferida en términos de representación política e igualdad, y cuál la concepción que sostengamos en relación con la democracia. El problema al que voy a referirme es el de una crisis profunda que se observa, en buena medida, en todas las democracias constitucionales modernas, y que se expresa de manera especial en lo relativo a la representación política. Según entiendo, la actual crisis de la representación política, por su profundidad, extensión, y estabilidad en el tiempo, exige que nos replanteemos una pregunta que habíamos aprendido a dejar de lado, una pregunta de la que nos habíamos desentendido tiempo atrás, por buenas o malas razones. La pregunta es: cómo tornamos posible, bajo las condiciones de nuestro tiempo, al compromiso original, igualitario, del constitucionalismo, es decir, su compromiso con “Wethe People”? En otros términos, ¿cómo damos contenido al ideal del autogobierno? ¿Cómo logramos que cada persona pueda considerarse, genuinamente, autor y dueño de su Constitución, autora y dueña de su propio destino? Ello,

cuando parece reinar el “gobierno de unos pocos, por unos pocos, y para unos pocos”?

Si ese principio rector del constitucionalismo moderno —su igualitarismo— se ha quebrado; y si dicho problema se manifiesta de modo especialmente visible a través de la consagración del “gobierno de unos pocos”, ello se debe, según entiendo, a razones estructurales, antes que coyunturales, es decir, se debe a razones vinculadas con el modo en que se diseñó la Constitución —a sus sesgos y limitaciones originales— y no tanto a las características personales (más o menos virtuosas) de las personas que coyunturalmente ocupan las posiciones e instituciones diseñadas.

Para ilustrar el problema estructural en el que estoy pensando —y que aquí solamente voy a enunciar, porque lo he examinado con más detalle en otros trabajos— puedo referirme a la imagen de un “traje chico”, esto es, un traje que algún buen sastre diseñara, para nosotros, cuando éramos niños, pero que —obviamente, pasados los años, y desarrollado nuestro cuerpo— hoy yano puede albergarnos más, por más que le agreguemos nuevos botones o le estiremos las mangas: el traje ya no sirve, ni nos va a servir, por más esfuerzos que hagamos para adaptarlo a nuestro nuevo cuerpo.

Lo mismo que sostengo sobre el traje de cuando éramos niños, lo sostengo para el sistema representativo. Nuestros “padres fundadores” diseñaron un traje constitucional, hace bastante más de dos siglos, que en sus formas esenciales —en su estructura— se mantiene idéntico a sí mismo, a raíz de lo que nuestro célebre amigo, Adam Przeworski, definiera como una llamativa “falta de imaginación constitucional”. Al respecto, es muy importante reconocer que los cambios que se han ido produciendo entre el “entonces” y el “ahora,” no se deben, simplemente, al hecho —no trivial, pero obvio— de que nuestras sociedades se han multiplicado, en cuanto al número de sus habitantes. Pienso en cambios mucho más radicales, relacionados con el hecho de que nuestros “padres fundadores” tuvieron en mente, a la hora de

diseñar la Constitución, una —digámoslo así— *sociología política* que hoy ya no podemos seguir afirmando. Ellos pensaban en un "traje institucional" apropiado para una sociedad que concebían como pequeña, dividida en pocos grupos, básicamente homogénea, y —por lo tanto— susceptible de ser representada "plenamente." Por partir de donde partían, nuestros antepasados pudieron creer que toda la sociedad era susceptible de ser "incorporada" en el sistema institucional. Se trataba, finalmente, del "viejo sueño" o el "sueño eterno" del constitucionalismo, el sueño de la llamada "Constitución Mixta", destinada a representar y combinar a los "distintos sectores" que componían a la sociedad. Hablamos del sueño que soñara Aristóteles, en Grecia; el sueño que ganara prestigio en la República Romana (y su intento por combinar a los "elementos" monárquico, aristocrático y democrático de la sociedad); el sueño que se populariza en Inglaterra (con un sistema de gobierno que quiso abrir lugar para al rey, para los "comunes" y para los "lores"); y el sueño que nos llegara a nosotros, en América, a partir del ejemplo de los Estados Unidos (y la idea de sociedades divididas, como imaginara James Madison, entre "thefew" y "theman"; entre "acreedores" y "deudores"; entre "grandes" y "pequeños" propietarios).

A pesar de sus diferencias, el hecho es que, en todos los casos mencionados, y a través de medios diferentes, el constitucionalismo procuró asegurar un lugar para todos los grupos que —según se entendía— formaban parte de la comunidad. Se aspiraba, de tal modo, a la "representación plena" de la sociedad. Pues bien —me interesa afirmarlo, y perdón por la contundencia— ese sueño eterno terminó, encontró su fin, murió, y no va a poder recuperarse nunca más. En las sociedades multiculturales y heterogéneas de la actualidad (las que John Rawls definiera como marcadas por el "hecho del pluralismo"), ya no encontramos (como pudieron pensar nuestros antepasados) a dos o tres sectores fundamentales, homogéneos internamente (en donde, por caso, el interés de los

grandes propietarios era uno solo; el interés de la clase obrera era uno solo). Nuestras sociedades contemporáneas, para bien o mal, nos guste o no, se encuentran fragmentadas en infinitud de sectores, internamente heterogéneos, lo cual torna inconcebible la idea de que un obrero, o unos pocos obreros, por ejemplo, puedan representar a toda la clase de los obreros). Mucho más que eso, en la actualidad, la propia identidad de cada uno debe ser reconocida como una identidad múltiple, ya que ninguna persona merece ser vista “sólo” “obrero”, “mujer” “empresario” o “ecologista”. Como diría Luigi Pirandello, cada uno es “uno, ninguno y cien mil”. Es dentro de dicho contexto, y a partir de tal revisión de la “sociología política”, que puede afirmarse, como lo he hecho, que el sueño de la “representación plena” se terminó.

4. SOBRE LAS ALTERNATIVAS ORIENTADAS A REVITALIZAR DEMOCRÁTICAMENTE AL CONSTITUCIONALISMO

He seleccionado un problema —el problema de la representación política— como uno de los desafíos principales (sino el más importante) que enfrenta el constitucionalismo contemporáneo. A la luz del mismo, podemos volver a la pregunta arriba formulada: Repito entonces: cómo se hace, en un contexto como el nuestro, para seguir tomando en serio el compromiso igualitario del constitucionalismo —su compromiso fundamental con “We the People”? En otros términos: cómo se hace para volver a dotar de vitalidad democrática al constitucionalismo?

Dar respuesta precisa a la cuestión formulada no resulta para nada sencillo. Sin embargo, a esta altura de nuestro razonamiento, estamos en condiciones de avanzar algunos pasos en esa difícil discusión. Ante todo, la discusión puedemejorar un poco, una vez que hemos definido hacia dónde es que queremos dirigirnos, algo que no siempre aparece con claridad, en las muchas discusiones que

se dan hoy en torno a la crisis democrática. Sin embargo, es lo que he intentado hacer hasta aquí: he propuesto una dirección o ideal regulativo, que considero valioso, cual es la de la "conversación entre iguales". A continuación, y como forma de avanzar un segundo paso en ese difícil debate, voy a presentar, y descartar a la vez, a algunas de las principales alternativas que encontramos, en la discusión pública contemporánea, destinadas a remediar o resolver la actual crisis democrática o de la representación política.

Permítanme, entonces, ofrecer algunas primeras y resumidas notas, en la materia —notas que pueden ayudarnos a "limpiar el terreno" de las respuestas posibles en torno a cómo hacer frente a la grave crisis de representación que hoy nos agobia.

Aumentar el número de representantes. Una alternativa institucional que parece obvia, cuando se habla de que vivimos en sociedades multiculturales que ya no se sienten representadas por la política, es la de aumentar el número de los representantes. Sin embargo, esta pronta alternativa no parece atractiva, ni mucho menos capaz de reunir respaldo ciudadano suficiente. Aunque las razones en contra de esta posibilidad son muchas y variadas, aquí me concentraré sólo en las dos siguientes. Por un lado, la explosión de diversidad —la explosión de multiculturalidad— propia de nuestras sociedades, no parece que pueda remediarse incorporando al sistema institucional, y por decirlo así, a representantes de dos, de cuatro, o de diez grupos adicionales. Los grupos relevantes nuevos son demasiados, incontables tal vez. Pero, por otro lado, y lo que es más importante, los intereses de esas distintas secciones no son homogéneos ni, mucho menos, fijos o estables en el tiempo. Se trata, de alguna manera, del problema que pudimos observar en el Chile del 2023, con las fracasadas discusiones constituyentes. Aprendimos de allí, con dolor, que los representantes que se eligen un día, con enorme entusiasmo, y como expresiones de los grupos "de base," los "nuevos" sectores, los núcleos sociales más "dinámicos" o "vitales", pueden ser descartados de plano, en tanto expresiones de lo "viejo"

y “ajeno” a nuestros intereses fundamentales, mañana mismo. Ello así, menos por nuestro súbito cambio de perspectivas, que por la presencia de nocivas estructuras e incentivos institucionales.

Concentrar el poder en el Presidente. La concepción “conversacional” de la democracia que aquí sostengo, no sólo desaconseja aumentar el número de legisladores (como modo de mejorar la representación política), sino —mucho más enfáticamente— desaconseja concentrar el poder en el Poder Ejecutivo. Ya he argumentado largo, al respecto, en demasiados lugares. Por lo tanto, permítanme insistir aquí, simplemente, con la siguiente idea. Para quienes entendemos que democratizar el constitucionalismo requiere “horizontalizar” el proceso de toma de decisiones, distribuyéndolo entre “todos los afectados”, la idea de “verticalizar” aún más ese proceso decisorio (por ejemplo, concentrando todo el poder en el Presidente) resulta, simplemente, la peor de las opciones posibles. De ese modo, perdemos en términos democráticos; perdemos en calidad epistémica; perdemos en materia de diversidad; y, para peor, aumentamos exponencialmente el riesgo de que se adopten sesgadas o parciales, favorables a los *lobbies* con mayor capacidad de influencia.

Fortalecer al Poder Judicial. De manera tal vez sorprendente, muchos piensan que la actual crisis que afecta a los órganos de la representación política, puede ser compensada con un reforzamiento del poder de los órganos no —representativos, como el Poder Judicial (o el Banco Central, etc.)—. Una versión más vieja de este argumento —como la que presentara en su momento el jurista Mauro Cappelletti— se afirmaba en la idea de que los jueces desarrollan vínculos de fuerte cercanía con la sociedad y sus problemas, por ejemplo, a través de las audiencias con las partes. Una versión más moderna del argumento —como la que presenta el jurista alemán Robert Alexy— se afirma, en cambio, en la idea de la “representación argumentativa”, para decir que la representación no se da sólo a través de los comicios, y con los votos, sino también en

los estrados (judiciales), y a través de los argumentos —siendo que —según se sostiene— nadie se encuentra en mejores condiciones de ofrecer argumentos jurídicos, que los jueces. Ninguno de los argumentos referidos, sin embargo, resulta atractivo para quienes pensamos la democracia en términos de la “conversación entre iguales”. Y es que, ni la legitimidad democrática depende del contacto social o su frecuencia (de ser así, podríamos hablar de la legitimidad democrática de los taxistas o de los almaceneros), ni la imparcialidad que reivindica la concepción de la democracia dialógica, depende de la inteligencia o capacidad argumentativa de los magistrados (lo cual nos ayuda a explicar los siglos de decisiones racistas o sexistas tomadas desde los tribunales). Por lo dicho, además (y quiero mencionar esta idea, al menos, como nota al pie), el argumento que propone el empoderamiento de la justicia, frente a la crisis de representación política, se torna aún menos defendible cuando sube algunos escaños o niveles. Quiero decir, el argumento favorable a un mayor de los jueces no gana fuerza, sino que la pierde, cuando hablamos de tribunales y cortes internacionales (como el Tribunal Europeo, o la Corte Interamericana de Derechos Humanos). El punto es, otra vez: cuanto menos injerencia tienen los propios afectados en la reflexión y decisión de sus propios problemas, mayores son las chances de que tales decisiones dejen de considerar puntos de vista cruciales, y mayores los riesgos de que se asigne un peso indebido a visiones parciales.

Consultas populares. La última alternativa que voy a examinar es la que nos refiere a los mecanismos de la participación popular directa. Dicha opción parece irreprochable, en principio, porque nos ofrece exactamente aquello que las alternativas previas no nos daban, esto es decir, el componente de la intervención directa de la ciudadanía, que resulta una condición necesaria para quienes defendemos el valor de la “inclusión social” en los procesos de decisión colectiva. El problema grave que presentan estas alternativas —nuevamente, para quienes pensamos la democracia en términos de

“conversación entre iguales”— es que ellas niegan, a su pesar tal vez, mucho de lo que nos resulta más esencial, mucho de lo que más nos importa. Pienso en uno de los dos pilares fundamentales de la “conversación entre iguales” —justamente, el pilar que se refiere a la “conversación”, al intercambio de razones. En efecto, y lamentablemente, por lo que sabemos de historia política, los mecanismos de participación directa más conocidos —plebiscitos, referéndums, consultas populares— tienden a reemplazar y negar, antes que a favorecer, el diálogo entre iguales. Permítanme cerrar este punto con una nota aún más enfática, relacionada con el mecanismo más esencial, que se encuentra detrás de este último punto: permítanme decir una palabra, al menos, sobre el mecanismo del “voto periódico”. Quiero aprovechar la ocasión para señalar el problema que significa haber reducido la democracia al voto periódico. Quiero subrayarlo fuertemente, ya sobre el final de mi presentación. Afirmo lo siguiente: Para quienes valoramos la “conversación entre iguales,” lo esencial de la democracia no aparece en el momento del voto, ni se agota con el mismo. Muy por el contrario: el *locus* de la democracia, su centro esencial, toma lugar *entre* “comicio” y “comicio”, entre elección y elección. Lo más importante, lo crucial, en una democracia, tiene que ver con los procesos de crítica y discusión colectiva: los que se desarrollan a través de los periódicos, los medios audiovisuales y las redes sociales; los que ganan vida, sobre todo, a través de los procesos de movilización social y de protesta popular, en las calles, en las plazas, en los bares y en las escuelas—procesos estos a través se moldea y gana contenido y espesor la opinión ciudadana. Allí —en los foros públicos, en las calles— es donde toma forma sustantiva la democracia.

5. SOBRE EL TRÁNSITO DESDE LAS "DEMOCRACIAS EN EL NOMBRE", A LAS "DEMOCRACIAS EN LA REALIDAD"

Ingreso en el tramo final de mi presentación, retomando y subrayando algunas de las ideas centrales que he ofrecido hasta aquí. Me interesó destacar, desde un principio, una cuestión referida al carácter necesariamente igualitario del constitucionalismo. Demarqué en el horizonte, por lo demás, un ideal regulativo —el de la "conversación entre iguales"— y a partir de ahí fijé un objetivo principal para el proyecto que aquí presento, cual es el de revitalizar el carácter democrático del constitucionalismo. Insistí, de manera especial, en la necesidad de re-democratizar al constitucionalismo, a la luz de un problema que, según entiendo, es de los principales —sino el principal— de los que afectan a nuestros sistemas institucionales: la crisis radical —la crisis que arrasa— al viejo modelo de la representación política. Frente a dicha crisis, por lo demás, argumenté que no eran buenas las principales alternativas de remedio, sugeridas por el constitucionalismo contemporáneo. El balance de lo presentado hasta aquí, por tanto, muestra luces y sombras, que nos ayudan —o, al menos, así lo espero— a ver mejor dentro del opaco panorama del constitucionalismo de nuestro tiempo. Ahora conocemos mejor dónde es que estamos parados; tenemos alguna noción de hacia dónde ir; sabemos algo de los problemas que enfrentamos; y podemos reconocer bien, al menos, cuáles son las salidas por donde no conviene transitar. No es poco, agregaría. En todo caso, y antes de concluir, me animaría a dar todavía un pequeño paso adicional.

Intentaré dar ese paso, una vez más, con la ayuda de Juan Bautista Alberdi, una figura hoy nuevamente célebre, tal vez no por las mejores razones. De Alberdi me generan incomodidad muchas de sus ideas pero, debo reconocerlo, siempre es más lo que aprendo de él —de sus razonamientos, de sus intuiciones y aún de sus contradicciones— que lo que resisto de sus escritos. Y

es que se trata de una persona que argumentaba, alguien decidido a fundamentar todo lo que decía, un intelectual animado a dar razones, y a polemizar con sus contemporáneos. De Alberdi me han quedado muchas cosas, pero voy a retomar de él, en lo que sigue, sólo dos lecciones, y una propuesta. La primera lección tiene que ver con su reivindicación del (así llamado) “primer constitucionalismo latinoamericano”, un constitucionalismo que muchos criticaban, en su tiempo. Alberdi, en cambio, elogió y celebró a dicho constitucionalismo temprano. Ello así, a partir de un modo —muy interesante y original, agregaría— de entender el constitucionalismo. Contra los críticos de aquellos primeros textos constitucionales, Alberdi sostuvo entonces que los primeros constituyentes latinoamericanos estuvieron muy bien orientados. Cito a Alberdi “todas las constituciones dadas en Sudamérica durante la guerra de la independencia, fueron expresión completa de la necesidad dominante de ese tiempo... La independencia y la libertad exterior eran los vitales intereses que preocupaban a los legisladores de ese tiempo. Tenían razón: comprendían su época y sabían servirla”. Encontramos, en esto que señala Alberdi, una visión muy atractiva sobre el constitucionalismo, que no puedo sino suscribir y compartir: el constitucionalismo debe orientarse a resolver las “necesidades dominantes” de su época—orientarse a resolver lo que podríamos llamar los “dramas” de su tiempo.

Y de allí mismo se desprende una segunda lección, tan importante como la primera: el constitucionalismo no merece ser pensado y escrito de una vez y para siempre. No hay un molde único, igualmente útil para todos los Estados, ni un modelo llamado a tener vida eterna, capaz de mantenerse vigente con independencia del contexto dentro del cual está escrito. En tal sentido, Alberdi propugnaba un constitucionalismo localizado, atento —como hemos visto— a las demandas de su era. Acertado o no —y en esto que sigue, yo creo que no— Alberdi pensó que, para su tiempo, lo que se necesitaba era una multitud de “libertades

civiles": libertades económicas "abundantísimas". Solo después, solo bastante más tarde —pensaba Alberdi— sobrevendría una nueva etapa, en donde las libertades políticas se convertirían en imperiosas: la etapa en que las libertades políticas se convertirían en la nueva necesidad del tiempo. Pues bien, allí reside la sugerencia o propuesta que tomo de Alberdi, de aquella reflexión que él hiciera en su momento, y que considero errada. Lo que podemos decir, en todo caso, y con independencia de lo ocurrido en el pasado, que el de las libertades políticas extendidas —recobradas— es el nuestro, o también el nuestro: decididamente el nuestro. Ello, entre otras razones, porque el drama que enfrentamos hoy —la necesidad dominante de nuestra época— es el drama la desigualdad, una desigualdad que se manifiesta también en política, una desigualdad que nuestras actuales Constituciones no resuelven, sino que hoy agravan. La pregunta crucial que nos queda por responder, entonces, es qué puede hacer el derecho de nuestro tiempo, para enfrentarse al drama de la época, definido por la desigualdad (política, económica, constitucional)? Qué puede hacer nuestro ordenamiento jurídico actual, a fin de hacer realidad los derechos de todos —darles sentido y entidad— y a la luz de los fracasos propios de las actuales instituciones, y las promesas vanas de las alternativas que se nos han ofrecido?

Aventura, a la luz de nuestras reflexiones previas, y de la mano de Alberdi, un camino de salida. Según entiendo, y por lo que hemos visto, el camino que nos queda por transitar circunda, antes que recorre, las instituciones conocidas, vigentes en la actualidad. Para decirlo en términos metafóricos, "nuestra vida política," en la actualidad, parece moverse por fuera de los órganos representativos establecidos. Necesitamos salir en búsqueda de toda una ciudadanía que se considera ajena, es decir no representada, por la política cotidiana. Diría algo más, tomando en cuenta las manifestaciones más gravosas de la crisis de la representación que hoy vivimos, y considerando ejemplos como el que mencionara

de Chile. La representación política, en la actualidad, no puede seguir concibiéndose como hace dos siglos, es decir, como una representación más o menos permanente, estable en el tiempo. Más todavía, en la actualidad, los representantes no deben pretender la resolución de todos o casi los temas. Se hace necesario recurrir, por tanto, a formas de representación localizadas: representación para momentos concretos y para temas determinados, específicos. Así, por caso, como se pudo intentar (con éxito notable, agregaría) en ejemplos como los de las Asambleas Ciudadanas que tomaran vida, recientemente, en Canadá (Ontario y la Columbia Británica —un caso que estudiara magistralmente nuestro amigo John Ferejohn— para discutir sobre la reforma electoral) o Irlanda (para discutir sobre el aborto o el matrimonio igualitario). Tal vez —y concluyo de este modo— tal vez sea esta la única o mejor forma que nos queda para iniciar un tránsito—en términos de Alberdi— de la “república posible” a la “república verdadera”. Tal vez sea ésta la única o mejor forma que nos queda para iniciar un tránsito —otra vez, en términos de Alberdi—que nos lleve desde el vano lugar de las “democracias en el nombre”, al deseado momento de las “democracias en la realidad”.