

Roberto Gargarella

Curso “Metodología de la Comparación Jurídica”

20.06.2025

Centro Studi America Latina - Università degli Studi di Bologna

PROBLEMAS DEMOCRÁTICOS EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

DEFINIENDO AL DERECHO DE IZQUIERDA: HISTORIA Y FILOSOFÍA POLÍTICA

- a) Pensar la crisis democrática desde una visión jurídica de izquierda
- b) Alienación legal y explotación a través del derecho
- c) Definiendo al “derecho de izquierda”: Autogobierno colectivo, autonomía personal
- d) Las condiciones materiales de la libertad, y una filosofía política igualitaria

CONSTITUCIONALISMO IGUALITARIO

- a) Cuatro modelos posibles, y el “casillero vacío” del “derecho de izquierda”
- b) Las derivas autoritaria, liberal y mayoritaria del “derecho de izquierda”

DEMOCRACIA, DERECHOS y PROTESTA:

- a) Qué concepción de la democracia requiere un “derecho de izquierda”?
- b) Lo que no es la conversación entre iguales
“*Voluntad general*”

Democracia plebiscitaria

Democracia populista

- c) Izquierda y derechos: los derechos como resultado de un proceso de construcción colectiva
- d) Derechos que sostienen derechos: Del derecho de protesta al derecho de resistencia
- e) Castigo (y abolición del castigo) en una comunidad de iguales

INSTITUCIONES:

- a) Recuperar el contenido democrático del constitucionalismo. Sobre las limitaciones del voto
- b) Democratizar el poder es lo opuesto a concentrarlo en una persona
- c) El fin de la representación política
- d) Epistocracia judicial, discrecionalidad interpretativa, y “última palabra”
- e) Derechos sin poder y derechos de las minorías. La “sala de máquinas” de la Constitución
- f) Descentralización hacia adentro y hacia afuera: federalismo y globalización

CONSTITUCIONALISMO Y CAPITALISMO

- a) Introducción. Es que puede justificarse el derecho de propiedad?
- b) Autointerés, “virtud cívica” y participación política

QUÉ HACER

- a) Sobre lo ya hecho
- b) Socialismo liberal o democracia de propietarios
- c) Asambleas ciudadanas y más allá
- d) Algo de lo que ahora sabemos

DEFINIENDO AL DERECHO DE IZQUIERDA: HISTORIA Y FILOSOFÍA POLÍTICA

a) Pensar la crisis democrática desde una visión jurídica de izquierda

A comienzos del siglo xx, y en un período dominado por las dos Guerras Mundiales, nuestras sociedades atravesaron una gran *crisis* en materia de *derechos*. A partir del horror producido por esas grandes guerras, y las masivas y gravísimas violaciones de derechos generadas por esas contiendas, comenzamos a tomar en serio a los derechos humanos: a pensar en ellos, y a comprometernos jurídicamente con ellos. Aún, sino especialmente, desde la izquierda política y doctrinaria. Nuestras respuestas fueron intensas y sistemáticas, aunque limitadas y, en ocasiones (conforme veremos), de carácter más jurídico que político (i.e., declaraciones de derechos supervisadas por tribunales). Desde hace décadas, superpusimos sobre esas viejas y perdurables heridas una nueva capa de dificultades, relacionadas ahora con una extendida *crisis de la democracia*. Recién ahora comenzamos a tomar conciencia de la relevancia del problema, y a accionar frente al mismo. Sin embargo, las respuestas que ofrecemos parecen desconocer la naturaleza estructural del problema: respuestas meramente reactivas y a ciegas, dadas irreflexivamente. Aún, sino especialmente, desde la izquierda. Ello así, muchas veces, a partir de una combinación de falencias, que incluyen errores de diagnóstico, inercias, ausencia de pensamiento crítico y también -todavía y a pesar de todo- cierto menosprecio por el derecho. En este escrito, me propongo ayudar a remediar esas falencias, y contribuir así, desde la izquierda política, a revitalizar nuestra reflexión jurídica. La pregunta que me guiará, durante este trayecto, será la siguiente: cómo pensar al derecho, desde la izquierda? Cómo pensarlo, en particular, en el marco de esta renovada crisis democrática?

Este trabajo se encuentra motivado, fundamentalmente, por la gravedad que reviste esa crítica democrática y, de la mano con ella, la fragilidad o inadecuación de las respuestas que, particularmente desde la izquierda, y en especial, para lo que nos interesa, desde la izquierda del derecho- venimos aportando frente a este tipo de crisis. En este replanteo que me propongo, tendré en mente varios casos de “crisis democrática” -casos que ilustran tanto la profundidad de esa crisis, como la serie imperfección de las respuestas a ella. Pienso en situaciones como las siguientes:

- El *Caracazo*, en Venezuela (1989). Me refiero al levantamiento popular extraordinario que siguió al incremento sobre la gasolina y el costo del transporte, dispuestos por el Presidente Carlos Andrés Pérez. Las protestas de entonces generaron cientos (según algunos miles) de muertos, en manos de las fuerzas de seguridad, y en los hechos cambiaron la vida política del país, con la caída del viejo régimen político. Las consecuencias institucionales derivadas de ese cimbronazo fueron múltiples pero incluyeron, de modo notable, el ascenso del general Hugo Chávez, y -con él en el poder- un inmediato cambio constitucional que terminó por consolidar el poder político en manos de una sola persona.

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

La actual “deriva autoritaria” venezolana sigue, en parte, a aquella crisis, y a aquella infortunada renovación institucional.

- Los *cacerolazos* de la Argentina del 2001. Me refiero a la explosión social que siguió a la grave crisis económica y bancaria (gobierno de De la Rúa), y que implicó una cuarentena de muertos a manos de las fuerzas de seguridad. La sociedad, que se manifestó en las calles durante semanas, se movilizó entonces bajo un pedido generalizado de renovación de la clase política: “*que se vayan todos*”. Ese reclamo extendido culminó, básicamente, en la nada: ni se renovó la dirigencia política, ni se cambiaron o intentaron cambiar las instituciones básicas.
- El *Movimiento 15-M*, de los *indignados*, en España. Me refiero al movimiento que comenzó el 15 de mayo del 2011, con miles de jóvenes acampando de forma espontánea en diferentes plazas españolas, desde esa noche, en demanda de una democracia renovada y más participativa. Dichas manifestaciones, que se desarrollaron en paralelo con otras similares, en Grecia (con *Syriza*) o aún en los Estados Unidos (*Occupy Wall Street*), culminaron también de manera apagada y desafortunada. En este caso, la eferescencia social se tradujo en el nacimiento de un nuevo grupo político (*Podemos*) que prontamente terminó siendo “fagocitado” por el viejo sistema político.
- El fallido intento de *Evo Morales*, por lograr una cuarta (cuarta!) *reelección*, en Bolivia. Me refiero a los sucesos que se desataron en Bolivia, luego de que el Tribunal Constitucional del país, en el 2017, declarara que se violaban los derechos políticos del ciudadano Morales, cuando se le impedía volver a presentar a las elecciones presidenciales. Cabe anotar que la “prohibición” de una nueva reelección la establecía (no la oposición, ni un tribunal “enemigo,” sino) la Constitución promovida por el mismo Morales, y aprobada en el 2008 (Constitución que, por lo demás, consideró que el mandato de entonces del presidente era su “primer” mandato, para autorizarle una reelección más). Cabe agregar, asimismo, que la decisión del Tribunal vino a dejar de lado...una consulta popular perdida (51% a 49%), y convocada por el propio Morales, para conseguir aval ciudadano a su nuevo proyecto reeleccionario.
- Más recientemente, el *estallido* en Chile. Me refiero a un largo proceso, que se disparó con el alza en los servicios básicos (en este caso, un aumento en la tarifa del sistema de transporte público de Santiago), el 6 de octubre de 2019, desató una explosión de protestas. Dichas protestas fueron lideradas por estudiantes secundarios, que comenzaron a evadir el pago de la tarifa en el Metro de Santiago. El gobierno dispuso, primero, el estado de emergencia, y luego el toque de queda, lo que exacerbó aún más las protestas (se cuentan más de 30 muertos, y miles de heridos, muchos gravísimos). La deslegitimación del gobierno de Piñera en particular, y la dirigencia política en general, llegó a un nivel tal, que se propuso un llamado a una Asamblea Constituyente, para tratar de “refundar” al sistema institucional, entonces todavía asentado en las bases constitucionales que había diseñado el pinochetismo. La Asamblea -compuesta por una mayoría de

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

candidatos “independientes”- culminó sus trabajos en el 2022, y sometió su propuesta a una consulta popular (a un “plebiscito de salida”, tal como se lo había programado) que resultó rechazada por más del 60% de la población, en septiembre de ese mismo año.

Selecciono estos casos -casos de crisis democrática, levantamientos populares, y búsquedas de alternativas institucionales- entre tantos otros, por la enorme importancia de cada uno de ellos pero, sobre todo, porque nos ilustran acerca de las indebidas respuestas constitucionales/legales que hemos dado (también, sino en particular, desde la izquierda política y doctrinaria), frente a ellos. En ocasiones, la respuesta ha sido la perplejidad -el simple no saber qué hacer. Otras veces, la respuesta ha sido la de concentrar el poder legal, sin mayores miramientos, ingenuamente, en aquel que graciosamente invoca nuestro nombre (el Presidente “salvador” que promete estar de nuestro lado). En algunos casos, la respuesta ha sido la plebiscitaria, como si la famosa “voluntad popular” pudiera reducirse a un instante, y traducirse un sí o un no. En otros casos, en cambios, lo que se hizo fue apelar a algún tribunal “amigo”, con el fin de saltarse o invalidar una legalidad que nos incomoda, sin importar -siquiera- que dicha norma fuera el producto de una consulta popular -es decir, tomar el derecho, como sea, y sólo si nos conviene. El trabajo que sigue está motivado por este tipo de angustias, provocadas por un edificio institucional que se cae a pedazos, y un sistema democrático que se ha ido vaciando de sentido. El “manifiesto” se propone volver a dotar de sentido al orden jurídico, ayudando a pensar “hacia dónde ir”: buscamos respuestas sensibles frente al derecho, e interesadas en cambios radicalmente democráticos.

b) Alienación legal y explotación a través del derecho

En la sección anterior, expresé con algunos ejemplos provenientes de la práctica política de nuestros días, el estado de angustia y desconcierto generado por la vida jurídica/institucional de nuestras “democracias reales.” Permítanme traducir lo anterior en una forma apenas más abstracta, retomando dos categorías de linaje marxista: la alienación y la explotación.

Alienación legal. La idea es que vivimos hoy en el marco de comunidades jurídicas muy defectuosas, respecto de las cuales hemos perdido en buena medida el control. De algún modo, podría decirse que en un momento nos integramos a dichas comunidades, y les dimos nuestro aval, a partir de la promesa de que las normas destinadas a organizarlas serían “nuestras,” y estarían a nuestro servicio. Ellas reflejarían nuestras aspiraciones, y nos ayudarían a realizarlas. El hecho es, sin embargo, que desde muy temprano, tales normas que se pretendían “nuestras”, y que prometían servir a nuestra libertad, pasaron a trabajar en una dirección opuesta: más que maximizar nuestra libertad, la organización jurídica apareció cada vez más dirigida a limitar nuestras libertades. De ese modo, nuestras vidas comenzaron a aparecer restringidas por las mismas normas que se proponían “liberarnos” -ayudarnos a ganar libertad. Las normas que se habían escrito a nuestro nombre y, supuestamente, a nuestro favor -a favor de *We, the People* o *Nosotros*,

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

el pueblo- resultaban escritas por unos pocos, a su propio beneficio y, lo que es peor, a partir de una fuerte desconfianza en la ciudadanía.

A partir de lo dicho es que podemos hablar de “alienación jurídica”. Y podemos hacerlo en términos similares a los que empleaba Karl Marx para hablar de la alienación en el ámbito del trabajo. Decía Marx: “el objeto que el trabajo produce, su producto, lo enfrenta como un ser extraño, como un poder independiente del productor ... la externalización del trabajador en su producto implica no sólo que su trabajo se hace un objeto, una existencia exterior, sino también que esto existe fuera de él, independiente y ajeno, y se convierte en un poder autosuficiente frente a él, que la vida que él ha prestado al objeto lo enfrenta, hostil, extraño...el trabajador se vuelve esclavo de su objeto" (Marx 2000). Para la “alienación jurídica,” la idea de base es la misma a la que apelaba Marx: en un sentido no trivial, ni puramente metafórico, pasamos a estar sometidos a -pasamos a estar controlados por- aquello que habíamos ayudado a construir, esperando que sirviera a nuestra liberación: ahora vemos al derecho como un objeto “extraño,” “como un poder independiente del productor”, ajeno o externo a quien se suponía lo había creado. Ahora -el derecho- “existe fuera” de uno, “independiente y ajeno”. Cada ciudadano, de este modo, “se vuelve esclavo de su objeto” -aquí, “esclavo” del derecho que había creado para ganar libertad.

En materia jurídica, dicha situación de “alienación” -en la cual la comunidad resulta dominada por el derecho que debía asegurar su libertad- aparece como la contracara de otra, en la cual la comunidad se reconoce como plenamente “autora” del derecho que la rige y al que controla, y por tanto, y a través del derecho, dueña de su propio destino. Esta situación -el extremo contrario de la “alienación jurídica”- es equivalente a aquella de la cual hablaba Rousseau, cuando decía que en una comunidad autogobernada, las personas podían considerarse dueñas del derecho, en el sentido más fuerte: cada uno escucha su propia voz, cuando escucha la “voz” del derecho; cada uno ve su propio rostro reflejado, cuando mira las palabras del derecho.

La noción de alienación legal –u otras similares- parecen haber ganado algún lugar dentro de la discusión contemporánea en materia de teoría jurídica. Por ejemplo, el notable filósofo del castigo R. A. Duff emplea un lenguaje que es muy cercano al que hemos utilizado en nuestra definición de alienación legal, para reflexionar sobre la validez del derecho, y el deber de obedecerlo (o no). En sus términos:

Si existen individuos o grupos dentro de la sociedad que (en los hechos, aún si de un modo no buscado) se encuentran excluidos de modo persistente y sistemático de la participación en la vida política, y de los bienes materiales, normativamente excluidos en cuanto a que el tratamiento que reciben por parte de las leyes e instituciones existentes no reflejase un genuino cuidado hacia ellos como miembros de una comunidad de valores, y lingüísticamente excluidos en tanto que la voz del derecho (la voz a través de la cual la comunidad le habla a sus miembros en el lenguaje de los valores compartidos) les resulta una voz extraña que no es ni podría ser de ellos, luego la idea de que ellos se encuentran, como ciudadanos, atados a las leyes y que deben responder a la comunidad, se convierte en una idea vacía. Las fallas persistentes y sistemáticas, las fallas no reconocidas o no corregidas en lo que hace al trato de los individuos o grupos como miembros de la comunidad, socava la idea de que ellos se encuentran atados por el derecho. Ellos

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

sólo pueden sentirse atados como ciudadanos, pero tales fracasos les niegan, implícitamente, su ciudadanía, al negarles el respecto y consideración que se les debe como ciudadanos (Duff 2001, 195-6).

Nosotros, con Duff, podemos decir que sólo tenemos razones para obedecer al derecho, cuando podemos genuinamente, y en un sentido no trivial, reconocerlo como “nuestro” - cuando podemos reconocernos nosotros mismos como sus autores. La intuición que guía a este trabajo sugiere, en cambio, que la mayoría de nosotros, en la actualidad, no está en condiciones ciertas para afirmar algo semejante: lo que predomina es un sentido compartido de “alienación legal”.

Explotación a través del derecho. Lo que ocurre y explica esa transformación del derecho -un derecho que tiende a oprimir a aquellos a quienes venía a liberar- (el “mecanismo” en juego) no tiene que ver con teorías conspirativas ni fantasías u ocurrencias de ningún tipo. Lo que ocurre parece vincularse, más bien, con un encadenamiento de “comunes sucesos” -desarrollos finalmente esperables- que culminan con la “dominación” de unos pocos. Si, tal como veremos en próximas páginas, las reglas básicas de la sociedad -su Constitución, sus leyes organizativas principales- terminan siendo redactadas, aplicadas e interpretadas por unos pocos, no es raro que esas normas terminen sirviendo a la libertad de algunos (los que están a cargo de aquellas tareas principales), más que a la del resto. Sería extraño, de hecho, que los pocos a cargo de la redacción de las leyes (i.e., los legisladores), pudiendo hacerlo de modo tan diferente, las escriban de un modo que conspire contra sus propios intereses; o que quienes las apliquen (los funcionarios ejecutivos) lo hagan, particular o aún ocasionalmente, contra ellos mismos, pudiendo hacer lo contrario; o que aquellos que las interpretan (los magistrados), pudiendo interpretar esas normas de modos tan diferentes, lo hagan en contra de sus propios intereses.¹

Frente a lo cual -agregaría yo- cabe pensar qué es lo que tiende a ocurrir cuando, con el paso del tiempo, quienes redactan, aplican e interpretan el derecho comienzan a actuar como clase, frente a los privilegios y oportunidades con las que cuentan: una clase con intereses propios, alejada del control de la ciudadanía, y libres de mecanismos apropiados para responsabilizarlos por sus faltas e inacciones. En estos casos, podríamos decir, resulta esperable que el derecho comience a servir para que la clase dirigente expanda sus libertades y beneficios, de espaldas a la ciudadanía o, lo que es peor, a través de la “toma de ventajas inequitativas”, en relación con ella -esto es decir, a través de lo que Gerald Cohen llamaría, la explotación del resto (Cohen 1979). Aquí podríamos hablar, entonces,

¹ Esta misma explicación, de sentido común, es la que llevó a Jon Elster a abandonar su entendimiento inicial sobre la Constitución -la Constitución como una forma en que “la sociedad” se “ata las manos” para ganar libertad futura, como lo supo hacer Ulises, enfrentado al canto de las sirenas (Elster 1988)- para pasar a sostener, pocos años después, que lo habitual y esperable es lo contrario. Ello así porque “en política, la gente nunca trata de atarse a sí misma, sólo trata de atar al resto” (Elster 2000, ix). Esto (aceptaba resignadamente Elster, frente a la observación crítica de su colega, el historiador Jens Arup Seip) es lo que suele ocurrir en situaciones normales: no es “la sociedad” entera la que escribe esas normas constitucionales, sino una mínima porción de ella, por lo cual no es concebible hablar de “atarse uno mismo las manos” como en el caso de Ulises.

de la “explotación jurídica” de la comunidad.² La idea de “explotación,” en este caso, nos refiere a relaciones y estructuras dentro de las cuales priman situaciones de “abuso”, “toma de ventajas inequitativas,” “carencia de reciprocidad,” etc. Pensaré en casos de “explotación a través del derecho”, teniendo en mente situaciones en donde el derecho pasa a ser un instrumento al servicio de unos pocos, que lo usan para auto-beneficiarse y preservar esos beneficios frente a los demás. El derecho consagra y legitima así, típicamente, situaciones de injusta desigualdad; permite la reproducción de esas situaciones abusivas a lo largo del tiempo; y amenaza con sanciones a aquellos que desafían o ponen en riesgo la preservación de esas desigualdades.

Éste es el contexto legal en el que -según voy a asumir desde aquí- nos encontramos: un contexto marcado por situaciones de “alienación jurídica” -situaciones que se distinguen por nuestra pérdida de control sobre el derecho que se suponía era “nuestro,” y a “nuestro servicio”, y de “explotación legal”, en cuanto unos pocos instrumentalizan el derecho -ese derecho pretendidamente universal y democrático-, para su propio beneficio, rodeando esas ventajas de una “alambrada” que confina a una mayoría de la población, en los hechos, en los márgenes del derecho, convirtiendo a las acciones de estos en acciones extra-jurídicas o anti-jurídicas, es decir contrarias al derecho que debería ser común: el derecho de todos.

c) Definiendo al “derecho de izquierda”: Autogobierno colectivo, autonomía personal

En las páginas que siguen, me interesará discutir sobre los contenidos y contornos posibles de un “derecho de izquierda.” Lo que diga resultará, de manera inevitable, controvertido, y toda esa controversia dependerá, finalmente, del primer paso que aquí voy a dar, esto es, de la definición que ofrezca sobre la idea de “izquierda” dentro de esa frase. El problema que aquí va a presentarse será mayúsculo (y por tanto, también, la controversia), dado que no contamos con acuerdos claros en la materia (acordamos, tal vez, en el valor de algunas ideas muy abstractas que vinculamos con la izquierda, como la igualdad o la justicia social); porque aquello que se ha designado, dentro de la historia política, con el nombre de izquierda, ha incluido experiencias demasiado dispares, y hasta contradictorias entre sí (desde gobiernos de base asamblearia, hasta dictaduras que invocaban a un pueblo al que ignoraban en todos sus demás actos); y además (como si lo anterior no fuera suficiente para generarnos problemas) porque, dada la enorme carga emotiva que concita el término “izquierda” (tanto a favor como en contra), existe la extendida inclinación de incluir dentro de dicha noción todo lo que uno quiere (todo

² Obviamente, la noción de “explotación” que se utiliza en dicha frase (“explotación jurídica”) se distingue de una idea común y más específica de “explotación”, como la que en ocasiones utilizaba Marx, en sus referencias a la “teoría del valor-trabajo”, y la apropiación indebida de plusvalía, por parte de los capitalistas. En todo caso, y por un lado, es cierto que esa noción primaria de “explotación” -y, en particular, la idea de “valor-trabajo” con la que aparecía asociada, resultan, desde hace tiempo, indefendibles para la doctrina especializada. Y, por otro lado, el estándar puramente “objetivo” (el que ofrece la noción de plusvalía en la idea de explotación tradicional) resulta un problema para quienes no consideran que puedan merecer esa denominación, situaciones en donde la propia persona “elige” trabajar bajo dependencia de otra, sin estar coaccionada económicamente para hacerlo (Roemer 1985,1989).

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

aquello que a uno, ideológicamente, le interesa), de forma tal de poder utilizar el término como arma retórica, más que como herramienta de análisis.

Comienzo entonces a partir de un lugar común, más o menos indisputable. El origen de los términos “izquierda” y “derecha” proviene de la Asamblea Nacional de agosto-septiembre de 1789, que siguió a la Revolución Francesa. Allí, como se sabe, se distinguió entre dos posiciones principales, a las que se designó conforme al lugar en donde cada uno de tales grupos aparecía sentado. Quienes defendieron a la autoridad del Rey y a su poder de veto -diputados en general relacionados con la aristocracia y el clero- aparecieron sentados a la derecha del Presidente de la Asamblea (por eso se denominó a ese grupo como los de la “derecha”); mientras que quienes se oponían al veto real, y defendían la centralidad de la Asamblea Popular en la nueva Constitución, aparecieron sentados a la izquierda (y de allí el nombre que recibieron). Pues bien, la aproximación que hemos iniciado al concepto de izquierda no resulta mayormente disonante con esta definición original y, en más de un sentido, primitiva. Hablamos, en efecto, de una concepción particularmente comprometida con una idea democrática fuerte (que coloca en el centro a alguna noción de la voluntad popular o la soberanía del pueblo), que como tal se opone al poder concentrado, y que a la vez no aparece identificada con, o dependiente de, el poder de la aristocracia y el clero.

A la luz de dificultades como las señaladas, en lo que sigue propondré una definición que resulta de un ejercicio posible de “equilibrio reflexivo” entre ciertos hechos históricos o eventos, que -de modo más o menos compartido- tendemos a asociar con la izquierda; y ciertos principios y criterios más abstractos (Rawls 1971).

En tal sentido, propongo definir al “derecho de izquierda” como a un ordenamiento jurídico que busca honrar dos ideales fundamentales: el *autogobierno colectivo* (una idea de democracia radical, según diré, que alude a la posibilidad efectiva de que cada sociedad se gobierne de acuerdo a sus propias leyes, y se convierta de ese modo en dueña plena de su propio destino), y la *autonomía personal* de cada uno (el derecho de cada uno a vivir su vida conforme a sus propios designios -a expresarse libremente, a manifestarse, a juntarse con otros en grupos, a ejercer su sexualidad con libertad, y como dueño de su propio cuerpo, etc.). Esta definición (tributaria, en definitiva, de la tesis habermasiana de la co-originalidad de los conceptos de autonomía pública y privada/ derechos humanos y autogobierno/ liberalismo y republicanismo/ constitucionalismo y democracia) comienza a completarse cuando reconocemos algunos de los fundamentales elementos que están implicados en ella (Habermas 1996, Habermas 2001). Pienso, fundamentalmente, en la central preocupación que ha mostrado siempre la izquierda por la *cuestión social* o, lo que podríamos llamar, de modo más general, el principio de *igualdad* o, de modo más específico, las *condiciones materiales* de la libertad personal y el autogobierno colectivo.

Interesa notar, en todo caso, que esos ideales que, enunciados de modo abstracto, parecen simples teorizaciones, tal vez caprichosas, nos refieren muy directamente a experiencias históricas concretas. Quiero decir, intuiciones como las expuestas, que han sido

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

transitadas de modo cuidadoso por la teoría (y de las que yo me he ocupado con algún detalle, por ejemplo, en Gargarella 2022), encuentran -tal como procuraré mostrar- un importante respaldo histórico: muchas de las experiencias más radicales e interesantes de transformación social y cambio institucional que reconocemos en el pasado (incluyendo todos los grandes procesos revolucionarios de nuestro tiempo), encuentran vinculación directa con ideales “abstractos” como los señalados (autogobierno colectivo, autonomía individual). Así, desde la Revolución Inglesa (que, en 1688 pone fin a la monarquía absoluta); a la Revolución Francesa de 1789 (destinada a poner fin al Antiguo Régimen encabezado entonces por Luis XVI), hasta las Revoluciones Independentistas de los Estados Unidos y de América Latina (que, entre fines del siglo xviii y comienzos del xix, pusieron término a la época de la dominación Británica, Española y Portuguesa en las Américas); y llegando, también, a todos los procesos de descolonización que se aceleraron, en África principalmente, desde mediados del siglo xx.³ En lo que sigue, entonces, buscaré dar respaldo histórico a los principios seleccionados, mostrando la persistente presencia de los mismos en todos los grandes momentos de cambio social. El propósito de mi indagación será doble. En primer lugar, procuraré, más que “demostrar” la validez de tales ideales (i.e., como ideales de

³ La idea de una definición “histórica” y “evolutiva” del término “izquierda” (y del término “derecha”), aparece en buena medida retomada en el *Diccionario de Política*, editado por Norberto Bobbio y Nicola Matteucci, que se apoya de manera especial en aquel episodio propio de la Revolución Francesa, para avanzar en una definición del concepto aquí bajo examen, vinculando a la noción de “izquierda” con los conceptos de república y democracia (Bobbio & Matteucci 1981, 862-3). En línea con los relevantes e influyentes escritos de Bobbio en la materia (en particular, Bobbio 1995), el Diccionario... busca mostrar la complejidad y los matices propios de los conceptos en juego, aunque finalmente (y de manera decepcionante, en mi opinión) termina por identificar al concepto de “izquierda” con las nociones de “progreso” y “cambio”, y a las personas de izquierda con aquellas que “se empeñan en renovar el orden existente” (Bobbio & Matteucci 1981, 862). Quiero decir, si bien el anclaje en la Revolución Francesa resulta apropiado (o indisputable), las referencias a las ideas de “progreso”, “cambio”, o la renovación del “orden existente” terminan por agregar imprecisión a la búsqueda. Y es que -parece obvio- a la izquierda, aún en una aproximación como la que el propio Diccionario ofrece, no le interesa el cambio porque sí, o cualquier tipo de renovación del orden vigente, sino ciertos cambios en particular (que en algún momento -por caso, frente a un orden justo- pueden implicar la preservación del orden establecido). Guarda más interés, por tanto, una definición de los términos “izquierda” y “derecha”, como la que propone *The Blackwell Encyclopaedia of Political Institutions*, editada en 1987 por Vernon Bogdanor. Allí, se examina cómo evolucionaron los conceptos en juego, desde la Revolución Francesa y, también luego, a partir de la Revolución Industrial. En relación con la Revolución Francesa, se identifica a la izquierda con la idea de que la soberanía reside en el pueblo, y con políticas republicanas y anti-clericales; y a la derecha con el autoritarismo, el régimen monárquico y los valores de la izquierda. De la Revolución Industrial, mientras tanto, se destaca que ella agregó algunos clivajes nuevos a las dicotomías ya existentes. En particular, la Encyclopaedia destaca una inclinación de las posiciones de izquierda en defensa de los intereses de las clases trabajadoras; y una tendencia en la derecha, favorable a los intereses de los propietarios y los capitalistas (Bogdanor 1987, 324). Más en particular, el trabajo destaca el vínculo entre la izquierda política y “la igualdad en asuntos políticos”; la insistencia en que la soberanía reside en el pueblo; un compromiso con la fraternidad (y el internacionalismo); la maximización de la libertad civil y moral (“a commitment to maximizing civil and moral liberty”); y, en general, una actitud favorable frente al cambio (Bogdanor 1987, 324). Esta simultánea actitud -quiero decir, la defensa de las ideas de democracia/soberanía del pueblo/igualdad política, por un lado; y por otro, la reivindicación de las libertades civiles y morales, frente al autoritarismo y el clero- encaja muy bien con el doble compromiso con que he venido asociado al concepto de izquierda (autogobierno colectivo-autonomía personal).

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

izquierda), sino la pertinaz asociación histórica entre dichos valores y los principales hitos del radicalismo político. Y a la vez, me interesará sugerir que dichos ideales pueden ser reconocidos como un “destilado”, de los mejores compromisos que ha ido asumiendo la “izquierda del derecho”, a lo largo de la historia.

La idea de autogobierno en la historia del “derecho de izquierda”. Que el ideal del autogobierno (o *self-rule*) ocupe un lugar centralísimo en los grandes momentos históricos de cambio radical resulta, más que claro, obvio. Hablamos, habitualmente, de procesos de ruptura con un pasado de dominación/explotación/abuso (como los que expresaran procesos revolucionarios como los citados en el párrafo anterior), a través de los cuales las viejas comunidades oprimidas buscan ganar o recuperar control sobre sus propios asuntos: pasar a autogobernarse, esto es, a ser plenamente dueñas de su destino.

En todo caso, el ideal del autogobierno aparece jugando un papel decisivo en la *Antigua Grecia*, una temprana experiencia a la que solemos mirar con especial atención quienes tenemos una sensibilidad política de izquierda. Según el historiador John Dunn, especializado en la cuestión democrática, Atenas estableció “desde los días de Pericles hasta aquellos de Demóstenes, un siglo después”, un “sistema de autogobierno ciudadano” (“*a system of citizen self-rule,*” Dunn 1992, 241).⁴ Aún reconociendo que la práctica se daba en el marco de una sociedad excluyente y con esclavos, puede decirse, con la politóloga italiana Nadia Urbinati, que “la democracia ateniense estableció un sistema bien regulado de deliberación popular” (Urbinati 2008, 285). De entre el fabuloso legado que nos dejó la democracia griega, en términos de autogobierno, podemos rescatar todavía hoy los debates públicos que tomaban lugar en el *Ágora*; las formas de la *democracia directa*, antes que representativa; instituciones destinadas a establecer cierto equilibrio de poder; y prácticas de avanzada tales como la de la “*elección por sorteo*” - un sistema que Aristóteles caracterizara como orientado a “gobernar y ser gobernado por turnos” (Aristóteles 2013).

La idea de autogobierno también resultó relevante en los tiempos de la *Revolución Inglesa* (1642-1648), y se manifestó con fuerza, tempranamente, en las radicalizadas demandas de los *Levellers*, que comenzaron a impugnar, entonces, de la falta de representatividad popular del Parlamento. Las demandas de los *Levellers* terminarían desembocar en los célebres *debates de Putney*, en donde aparecieron, por primera vez, y de manera sonora, reclamos como el de que “el pueblo de Inglaterra” no debía “verse atado por leyes en cuya creación no ha tenido voz alguna” (Aylmer 1975). El “movimiento asociacionista” inglés que nació en ese tiempo, ancló sus reclamos y críticas al Parlamento en la idea de que la autoridad política de la Nación residía en el pueblo, y articuló sus demandas, de

⁴ Por al menos un siglo, y con sólo mínimas interrupciones -continúa Dunn- “fue literalmente cierto que los ciudadanos de Atenas se gobernaron a sí mismos” (Dunn 1992, 241). En dicho sistema, todo ciudadano que viviera una vida adulta normal, estaba destinado a intervenir, más tarde o más temprano, actuando como miembro del órgano ejecutivo ateniense. Más todavía, todo ciudadano ateniense se encontraba igualmente habilitado para participar, votar y hablar en los encuentros de la asamblea, que era la que decidía todos los grandes asuntos del estado (ibid.).

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

manera explícita, en una reivindicación del “principio de autogobierno”, que enarbolaron una amplia gama de activistas, religiosos de izquierda, y políticos de orientación radical (que incluyeron a Richard Price y Joseph Priestley, entre otros), y con ellos, poco después, toda una serie de “jacobinos ingleses” (que abarca a nombres destacados como James Burgh, John Cartwright y, de modo más notable, a Thomas Paine), que formularon múltiples propuestas de reforma institucional destinadas a darle mayor contenido democrático al constitucionalismo hasta entonces vigente.

Inspirada en los ideales que había defendido, en su momento Jean Jacques Rousseau - ideales que incluían, de modo prominente, aquellos relacionados con la soberanía popular y la “voluntad general” - la *Revolución Francesa* desarrolló prontas, múltiples, influyentes y algo fallidas expresiones jurídicas, que de modo pionero buscaron institucionalizar el ideal del autogobierno. Las tempranas Constituciones de 1791, 1793 (la “Constitución jacobina”) y la de 1795, ofrecen desde entonces fundamentales indicios acerca de cómo operacionalizar o traducir en instituciones el principio de la soberanía del pueblo. Si, en esa misma época, la otra gran Constitución de su tiempo, la de los Estados Unidos (1787) representó la Constitución “de los derechos” -la Constitución puesta al servicio de la “protección de las minorías”- las de la Francia Revolucionaria representaron el modelo contrario o alternativo, el de la Constitución puesta al servicio del gobierno de las mayorías.

De la *Revolución de la Independencia norteamericana*, de 1776, diría también que, sobre todo en su momento inicial -el más radical- ella expresó del modo más claro su pleno compromiso con el ideal del autogobierno. El reclamo que históricamente sintetizó entonces esa demanda radicalmente democrática -un reclamo que aún hoy se recuerda y glorifica- fue el de *no taxation without representation*. Es el reclamo que va a expresarse en la *Declaración de la Independencia*, escrita cuidadosamente por Thomas Jefferson, y que en su propio corazón manifiesta con rotunda contundencia el principio del *self-rule*: “el Pueblo tiene el derecho de cambiar o abolir cualquier otra Forma de Gobierno que tienda a destruir estos Propósitos (la vida, la libertad, la búsqueda de la felicidad), y de instituir un nuevo Gobierno, Fundado en tales Principios, y de organizar sus Poderes en tal Forma que la realización de su Seguridad y Felicidad sean más viables.” La Revolución se tradujo entonces -como en Francia- en una multiplicidad de “constituciones radicales”, que se dictaron a nivel local, que incluyeron a documentos extraordinarios, ejemplares, como las tempranas Constituciones de Rhode Island, Vermont o, sobre todo, Pennsylvania 1776 -una Constitución que aún hoy podría considerarse de avanzada, y que tuviera como principal ideólogo e inspirador al radical inglés Thomas Paine, mudado por entonces a los Estados Unidos (Ames 1983; Lutz 1988, 104-5; Storing 1981, 1981b; Wood 1982).

En *América Latina*, algunas décadas después, el ideal del autogobierno político volvería a emerger con fuerza, y se desarrollaría con una trayectoria similar a la seguida en los Estados Unidos. Todas las Revoluciones de la Independencia de la región (independencias declaradas en los alrededores de 1810) aparecieron movidas por un

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

fuerte impulso de autogobierno; y el respaldo teórico de lecturas que incluían tanto a los textos de Rousseau, Paine y Jefferson, como a las primeras expresiones constitucionales del radicalismo norteamericano (Safford 1985; Hale 1986; Halperín Donghi 1985).

La lucha por las libertades personales en la historia del “derecho de izquierda”. Si el vínculo entre el “derecho de izquierda” y el ideal del autogobierno colectivo, parece claro e indiscutible; la relación entre la izquierda jurídica y la protección de básicas libertades personales parece mucho más controvertido. En lo que aquí nos importa, dichas controversias tienen que ver menos con ciertos fenómenos históricos (los abusos graves y masivos de derechos que llevaron adelante gobiernos considerados -con o sin razón- como de izquierda), que con el desdén con que muchos autores y activistas vinculados con la izquierda se acercaron a la cuestión de los “derechos fundamentales.” Seguramente, este tipo de controversias tienen que ver con la resistencia que, durante décadas, mostró la izquierda política hacia el derecho, en general, al que caracterizó como un epifenómeno o como un elemento meramente “super-estructural”.⁵

Lo cierto es, sin embargo -y tal como ocurría con el caso del principio del auto-gobierno- que la reivindicación de un amplísimo margen de libertades personales también puede verse presente -puede reconocerse como un elemento constitutivo y central- de las grandes Revoluciones y movimientos populares de nuestro tiempo.

Piénsese -y tomando como punto de partida algunos de los movimientos revolucionarios arriba citados- en los siguientes casos. En los albores de la *Revolución Inglesa*, el grupo radical de los *Levellers* presentó quejas ante el poder, por la falta de representatividad popular del Parlamento, invocando la supremacía del “derecho natural” y la soberanía del pueblo. Lo hizo en un crucial documento -*The Agreement of the People*, de 1647- a través del cual se exigía el sufragio universal, la igualdad ante la ley, la libertad religiosa, y garantías para las libertades personales.

⁵ Más específicamente, puede influir en esta actitud que ha mostrado parte de la izquierda, la “sospecha” de que las libertades invocadas desde otras vertientes del arco político, eran simples “libertades burguesas”; o las propias reflexiones de Karl Marx, en la materia, como lo fueron, por caso, sus duras referencias a las discusiones sobre la justicia y los derechos, a las que calificó como “basura verbal” o “sinsentido ideológico” (Miller 1984). Sin embargo, y más allá del hecho notable de que la izquierda política, en las últimas décadas, comenzó a tomar como bandera (casi podría decirse, fanáticamente) la idea de los derechos humanos, lo cierto es que no debiera llegarse a conclusiones apresuradas, acerca de la relación entre el marxismo, la idea de derechos, y la defensa de las libertades personales. Para Zayid Husami, por ejemplo, quienes reducen a la postura de Marx sobre la justicia y los derechos a invocaciones ofensivas como las citadas (“basura verbal”; “sinsentido ideológico”) se confunden, al colapsar la teoría moral marxista con su sociología de la moral. En otros términos, en su sociología de la moral, Marx describía la dependencia de las ideas predominantes en el modo de producción vigente. Sin embargo, esta descripción no le impedía partir de parámetros evaluativos diferentes, vinculados con ideales muy estilizados, sobre lo “justo” “a cada uno de acuerdo con su contribución” o “de cada uno de acuerdo con su capacidad” (Husami 1978; ver también Atienza 2018; Elster 1983). De modo más específico, conviene remarcar que Marx, no sólo defendía una noción fuerte de autogobierno (por ejemplo, al presentar -en su forma ideal- a la sociedad comunista como una sociedad radicalmente democrática), sino que acompañaba dicha postura con la reivindicación de una idea (aristotélica) de “autorrealización personal”, que no es sino una versión fuerte de lo que aquí denomino “autonomía personal” (Elster 1983).

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

La *Revolución Francesa*, de forma notable, acompañó cada una de sus propuestas de Constitución -en 1791, 1793, 1795- con una “*Declaración de los Derechos del Hombre*,” que fue variando y precisándose en cada caso. La primera de ellas, tal vez la más conocida resultó aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789, e incluyó principios como el de que “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos” (art. 1); consagró la presunción de inocencia y la irretroactividad de la ley (arts. 8 y 9); y refirió también a las libertades de opinión, prensa y conciencia (arts. 10 y 11). Quiero subrayar, en este sentido, el hecho significativo que la gran Revolución igualitaria de nuestro tiempo, se tradujo siempre, y de manera inequívoca, en principios destinados a resguardar las más básicas libertades personales. Así -y como nos enseña Hannah Arendt- más allá de los principios de autogobierno con los que insistentemente es identificada la Revolución.⁶

De manera similar, *en las Américas*, todas las Constituciones que siguieron a la Revolución de la Independencia (en el siglo xviii, en los Estados Unidos, en el siglo xix, en América Latina) incluyeron una *Declaración de Derechos*. Ello así, con el dato adicional, que debe consignarse, de que en el “derecho madre” que fue el de los Estados Unidos, el *Bill of Rights* respondió a las demandas de los sectores más “democráticos” (“anti-federalistas”). Ese *Bill of Rights*, como sabemos, incluyó principios relacionados con la tolerancia religiosa; la libertad de expresión; o el juicio por jurados.

La conexión entre insurrecciones sociales y declaraciones de derechos se mantuvo, desde entonces, consistente en el tiempo. Piénsese -sólo por citar unos pocos casos- en “primavera de las naciones”, y sus tempranos antecedentes europeos, a comienzos del siglo xix. Recordemos, en este sentido, las insurrecciones populares que se sucedieron en Inglaterra, y que culminaron con el surgimiento del “movimiento cartista,” conocido como tal por el documento -*the People’s Charter*- que un grupo de trabajadores enviara al Parlamento británico, en demanda -entre otras pretensiones- de sufragio universal masculino; voto secreto; elecciones anuales; y la abolición de las exigencias de propiedad para acceder a la legislatura (Cole 2020, 166). De hecho, poco tiempo después -en febrero de 1848- estalló en Francia un profundo conflicto social, liderado por obreros, estudiantes y artesanos: comenzaban las *revoluciones democráticas de 1848*. El movimiento revolucionario de 1848 estuvo muy marcado por dos ideales, que salieron a la luz, simultáneamente: el ideal *democrático*, y el ideal *liberal*. De hecho, esas demandas de democratización política fueron acompañadas decisivamente por el reclamo de derechos fundamentales: no sólo sufragio universal, o mayores oportunidades para la participación política, sino también libertad de prensa; enseñanza gratuita; derechos de asistencia, esto

⁶ Es interesante notar, en este respecto, la atractiva e aunque controvertida interpretación propuesta por Hannah Arendt sobre la Revolución Francesa. Para ella (y contra lo que habría sido propio de la Revolución Americana -una Revolución hecha por quienes estaban “libres de la necesidad,” y “libres del miedo”, buscando establecer una nueva Atenas, Arendt 2018, 35), los franceses habrían llegado a la Revolución motivados por las condiciones miserables en las que vivían. Ellos habrían peleado, entonces, por libertades sociales -la de comer, vestirse, etc.- asumiendo que “la libertad del pueblo” residía, sobre todo “en su vida privada” (ibid., 40).

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

es, derechos económicos exigidos por una incipiente clase trabajadora.⁷ Y ello así, podríamos decir, hasta nuestros días.⁸

En suma, mi pretensión es que la cita de los ejemplos históricos referidos resulte suficiente, para reconocer, y también para ilustrar, el tipo de constantes que aquí quiero subrayar: movimientos de raíz popular, de carácter revolucionario muchas veces, que culminan inequívocamente en demandas (no sólo) de mayor apertura política (el autogobierno colectivo; la democratización de la sociedad); sino también de libertades personales básicas. Es decir, ambos ideales -autogobierno colectivo, autonomía personal- se encuentran íntimamente relacionados con la historia del radicalismo político/jurídico. No resulta sorprendente, entonces, sino expresivo de tales movimientos, que ellos sistemáticamente tradujeran sus demandas fundamentales en documentos (muchas veces del tipo *Bill of Rights*) a través de los cuales exigían o se comprometían a defender tanto la libertad colectiva, como las libertades personales (libertad religiosa, de pensamiento y expresión, libertades políticas; etc.) de cada uno de sus miembros.

d) Las condiciones materiales de la libertad, y una filosofía política igualitaria

De manera común, tanto para la teoría como para la práctica, la primera implicación efectiva de ese doble compromiso de la izquierda con los ideales de la libertad colectiva y personal, fue el de su involucramiento con la “cuestión social”. Quiero decir, en todos los ámbitos, y en todos los niveles, el “derecho de izquierda” siempre mostró un interés

⁷ Desde Francia, y en poco tiempo, el movimiento revolucionario se propagó prontamente en buena parte de Occidente, incluyendo a Holanda, Italia, la Confederación Alemana y el imperio Austríaco. Su legado incluyó, en algunos casos, la abolición de la esclavitud; en otros, el fin de la monarquía absoluta; y en otros más, la instauración de formas representativas de la democracia. Esta oleada revolucionaria europea se extendió, prontamente, más allá de Europa, generando consecuencias institucionales, también, extraordinarias. En América Latina, en particular, las repercusiones de las “revoluciones rojas” o “democráticas” aparecidas en Europa fueron significativas. Así, por ejemplo, en Perú, Ecuador y Colombia -donde, al calor de aquellas revoluciones, y en imitación de ellas, comenzaron a proliferar las “asociaciones democráticas,” que agrupaban a artesanos y miembros de una incipiente clase media, que exigía la introducción de cambios políticos profundos (Gootenberg 1993; Sobrevilla 2002; Thomson 2002). De manera particular, la oleada de revoluciones europeas terminó impactando en Chile, a través de la labor de algunos intelectuales de izquierda como Francisco Bilbao y Santiago Arcos, que en Francia se habían puesto en contacto con pensadores como Edgar Quinet y Jules Michelet, y militado junto con algunos apóstoles del catolicismo social, como Felicité de Lammenais o Jean Baptiste Lacordaire). Bilbao y Arcos fueron fundadores de la «Sociedad de la Igualdad», en Santiago de Chile, una sociedad de corta vida pero de notable impacto en la lucha por la «liberalización política» de un país atezado dentro de un orden conservador y no democrático (Gazmuri 1992). En otros casos, como en la Argentina, el temor de la posible llegada de la ola revolucionaria europea contribuyó, más bien, al «cierre político» de la sociedad, motivando un acercamiento, hasta entonces impensado, entre fuerzas conservadoras y liberales, orientado a cerrar las puertas de las libertades políticas (Halperín Donghi 1980, xxxi).

⁸ En efecto, en el siglo xx vamos a reencontrarnos, una y otra vez, con los trazos de ese legado. Así, con algunas de las crisis sociales más profundas en la historia de la humanidad, y la búsqueda de salidas que incluyen, sistemáticamente, la consagración de nuevos derechos. Lo veremos en Europa, luego de la Segunda Guerra, y la “Declaración de los Derechos del Hombre” de 1948; la crisis de los derechos humanos en América Latina, y la consolidación del sistema internacional de derechos humanos en la región; o el fin del Apartheid en Sudáfrica (1992), y el inmediato dictado de una Constitución provisional (1993), que colocó en un lugar central a la nueva declaración de derechos (Dyzenhaus 2010).

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

y una preocupación especial por consagrar el principio de la *igualdad* o, de modo más específico, por asegurar las *condiciones materiales* de la libertad colectiva y personal. Ninguna de tales libertades puede asegurarse bajo cualquier condición o contexto, o en el vacío: una comunidad no puede autogobernarse si carece de los recursos básicos, necesarios, para reproducirse y autosostenerse en el tiempo. Del mismo modo, ninguna persona puede ejercer sus libertades más básicas (pensar, expresarse, llevar adelante sus planes de vida más elementales), si se encuentra forzado a entregar su vida completa a la subsistencia propia y de su familia (i.e., si debe mendigar por alimentos que le permitan sobrevivir; o se ve obligado a esclavizarse, en los hechos, en pos de asegurar la subsistencia propia y de su prole).

Este tipo de consideraciones, según entiendo, aparecen implícitas en la mejor versión que tenemos acerca de la historia del “derecho de izquierda” (volveré sobre este punto enseguida). Y ellas pueden leerse, además, y por sobre todo, como un firme indicio en relación con la *filosofía política igualitaria* que, en los hechos, afirma el “derecho de izquierda”. La pregunta relevante, en este respecto, es: Qué debe hacer, en la práctica, el “derecho de izquierda”, para poner en marcha sus compromisos fundamentales con la libertades colectivas (el autogobierno) y personales (la autonomía)? Responder a esa pregunta nos exige indagar acerca de cuál es la *filosofía política* del “derecho de izquierda,” y mi contestación (seguramente controvertible), frente a este interrogante, es que -según nos sugiere lo mejor de su práctica habitual- el “derecho de izquierda” puede verse como sistemáticamente comprometido con lo que se conoce como una “*filosofía política igualitarista*”.

Indagar sobre los contenidos precisos de esta filosofía política nos llevaría demasiado lejos (he tratado de hacerlo en mi trabajo sobre *Las teorías de la justicia después de Rawls*), por lo cual aquí me contentaré con hacer referencia a su “núcleo duro” o intuición esencial, que resumiría en la siguiente. Para esta teoría *igualitaria*, una sociedad puede considerarse como justa si en ella, la vida de cada uno, y del conjunto, no depende de circunstancias que están fuera del control de ellos. Más precisamente, la idea es que una sociedad es más justa cuanto mejor permita que la vida de las personas no dependa de *cuestiones moralmente arbitrarias* (así, célebremente, en Rawls, 1971). Cuestiones “moralmente arbitrarias” serían aquellas ajenas a la responsabilidad de cada persona, tales como su color de piel; su género; su raza o etnia; la clase social en donde nacieron; etc. Para este tipo de igualitarismo (para esta filosofía política de izquierda), una sociedad es injusta si permite que las personas resulten (institucionalmente) beneficiadas o perjudicadas por cuestiones de las que no son responsables. Como diría Rawls, no hay nada bueno o malo, nada “reprochable” en el hecho de que -como resultado de la “lotería de la naturaleza”- nazcamos “mujeres” o “varones”; en India o en Noruega; con la piel de un color o de otro. El problema es si el sistema jurídico convierte esos datos “naturales” y arbitrarios, en hechos con peso institucional, de forma tal que, por ejemplo, en la sociedad en donde vivo pase a tener menores chances de acceder a la Universidad, por tener el color de la piel negro o amarillo; o mejores posibilidades de conseguir un trabajo bien remunerado por el hecho de ser varón, y no mujer.

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

Es decir, se produce una situación de injusticia, cuando “las prácticas sociales y legales convierten diferencias altamente visibles y moralmente irrelevantes en desventajas sociales sistémicas, a menos que exista una muy buena razón para que la sociedad así lo haga” (Sunstein 1994). En otros términos, no es justo que algunas personas sean mejor o peor tratadas por el Estado (en cuanto a los derechos o ventajas que obtienen), por cuestiones “meramente circunstanciales” (no por sus “elecciones”, sino por las “circunstancias” que les tocaron), es decir, por la mera buena o mala suerte que tuvieron al haber nacido dentro de una cierta clase social; o con determinadas capacidades o incapacidades; o en el seno de algún grupo étnico o racial particular; etc.

Para que se entienda mejor -comparativamente- la orientación y primeras implicaciones de esa filosofía igualitaria:

- Ella se diferencia de las visiones (llamémoslas así) *estalinistas*, que sugerirían sacrificar libertades personales tanto como sea necesario, como forma de maximizar la acumulación económica para el colectivo. El igualitarismo rechaza estas posturas, entre otras razones, por el sacrificio inaceptable que implican en materia de libertades personales.
- Ella se distingue, además, de las visiones (llamémoslas así) del *derrame* o *capitalistas*, que promoverían la acumulación económica sin límites, en unos pocos, con la expectativa de que esa riqueza concentrada luego se “derrame” sobre el resto. El igualitarismo rechaza estas posturas, entre otras razones, porque “toman como meros medios” a una mayoría (aceptando violaciones “temporales” de derechos), en pos de hipotéticos e inciertos beneficios futuros.
- Ella resulta diversa, también, de las visiones (llamémoslas así) del tipo *línea de largada* (“*starting gate theories*”) que, en nombre de las libertades personales, buscan igualar a todos en sus condiciones iniciales (la “línea de largada”), para luego dejar que cada uno alcance el lugar o status que pueda. El igualitarismo rechaza estas posturas, entre otras razones, porque entiende que el respeto de ciertos derechos debe asegurarse por siempre (de manera constante y estable en el tiempo), y no sólo en el momento de “largada”.
- Ella difiere, asimismo, de las visiones (llamémoslas así) de la *red de seguridad* (“*safety net*”) o *social-democráticas*, que proponen resguardar -siempre- ciertos derechos sociales básicos para todos (en particular, en relación con los más desaventajados), a la vez que autorizan la concentración económica en unos pocos, y desigualdades sociales extendidas. El igualitarismo rechaza estas posturas, entre otras razones, porque entiende que ellas no se preocupan por preservar las condiciones materiales (las *background conditions*) de relativa igualdad, necesarias para que ese esquema distributivo se mantenga y reproduzca.

Contra todas estas visiones, la filosofía igualitaria busca resguardar tanto las libertades personales como las colectivas (simultánea y permanentemente); insiste en la preservación de las condiciones materiales necesarias para que esas libertades se reproduzcan en el tiempo; y se muestra sensible al modo en que las instituciones procesan

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

las injusticias históricas existentes, y a la forma en que ellas transforman las condiciones personales (raza, género, etc.) en desventajas sociales. Todo ello, con algunas implicaciones que aquí no puede desarrollar, pero que al menos dejaría subrayadas. Primero, la filosofía política igualitaria se distingue de otras filosofías políticas, de raíz liberal y conservadora, por considerar que una comunidad o un Estado puede violar los derechos de sus miembros no sólo a través de *acciones* (i.e., censurarlos, perseguirlos, torturarlos, etc.), sino también a través de *omisiones* -al no asegurarles los derechos que les corresponden (i.e., educación, salud, etc.).⁹ Segundo, y a diferencia de otras filosofías políticas, de izquierda, el igualitarismo no sólo reconoce como fuente de desigualdades injustificadas a la raza, la etnia, el género, o aún -como el marxismo- la clase social. Para el igualitarismo -que en este punto va mucho más allá del marxismo- tampoco es justo que alguien reclame derechos especiales, beneficios o privilegios, en nombre de (otros hechos “moralmente arbitrarios”, tales como) su talento, su belleza, su inteligencia, o cualquier otra destreza o rasgo con el que nació dotado (como tampoco sería justo que acceda a menores recompensas o premios, o sufra desventajas sociales, por carecer de tales características o habilidades personales). Este tipo de asunciones permiten reconocer el radicalismo propio de la filosofía política igualitarista. Hacia el final de este trabajo, exploraré algunas posibles implicaciones prácticas de esta filosofía (básicamente: qué tipo de políticas/medidas económicas podría requerir, el adherir a una cosmovisión semejante?).

La “cuestión social” en la historia temprana del “derecho de izquierda”. La firme vocación que ha mostrado el “derecho de izquierda” por impedir que, en los hechos, las cuestiones “moralmente arbitrarias” (el color de piel, el género, la clase social) terminen definiendo el lugar de cada persona en la sociedad, encuentra expresión histórica en la lucha que ha dado siempre la izquierda en pos de un profundo igualitarismo social y económico, y en el modo en que ha articulado esa búsqueda. Según entiendo, en sus casos más paradigmáticos, la izquierda supo combinar bien su defensa de las libertades colectivas y personales, con políticas de contenido claramente igualitario.

Esa articulación entre libertades personales, autogobierno, y preocupación prioritaria por las “condiciones materiales” de la libertad, encuentra una de sus más tempranas y lúcidas

⁹ Para la filosofía política de izquierda -pensemos, por ejemplo, en el notable caso de John Rawls- puede considerarse que una persona sufre una violación grave en sus derechos, cuando *no se le asigna o se le omite otorgar, aquello que le corresponde*. Esta filosofía asume la existencia de “derechos negativos” (i.e., que no se nos agreda; que no se nos despoje de lo que es nuestro; etc.), tanto como la de “derechos positivos” (i.e., que se garantice a todos el acceso a la educación, la salud, etc.). Para la filosofía política de derecha, en cambio -pensemos, por ejemplo, en el notable caso de Robert Nozick- sólo existen los “derechos negativos”: una persona no tiene, por tanto, un reclamo frente al Estado, cuando no tiene acceso a una vivienda digna, o a una cobertura de salud apropiada (Rawls 1971; Nozick 1973). En tal sentido, por ejemplo, Carlos Nino sostuvo que la principal diferencia entre *el liberalismo igualitario y el liberalismo conservador* consistía precisamente en que, para el primero, pero no para el segundo, *los derechos de las personas podían ser violados tanto por acciones como por omisiones* (Nino 1991, 196-7).

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

expresiones -otra vez- en el trabajo de Rousseau, y particularmente en su *Discurso sobre la desigualdad* (Rousseau 2010). Allí, entre otras cuestiones, el pensador ginebrino se refirió al establecimiento de la propiedad privada, y el surgimiento de una creciente desigualdad entre los que tienen y los que no tienen propiedad. Para Rousseau, en una sociedad desigual, las personas que quedan necesitadas, al mismo tiempo, del “reconocimiento” de los demás, y de básicos bienes materiales (abrigo, comida), terminan involucrándose con los demás en relaciones sociales que afectan su libertad, y su sentido del auto-respeto.

Es interesante reconocer, también, de qué modo esta forma más “completa” de articular libertades básicas e igualdad material estaba ya presente en el “primer republicanismo” inglés, como puede comprobarse -ya antes de la publicación de los trabajos de Rousseau- por ejemplo, en el notable trabajo de James Harrington, *Oceana*, de 1656 (o, algo después, los escritos del filósofo anarquista William Godwin). En ese famoso trabajo, Harrington bosquejó una constitución ideal, destinada a regir en una república utópica. A través de su análisis, Harrington describió también cómo era que, en toda sociedad, el elemento que determinaba cómo se organiza el poder, era la propiedad, sobre todo la propiedad de la tierra. Y propuso, frente a ello, el dictado de leyes agrarias orientadas a limitar las extensiones de tierra máximas de las que cada uno podía disponer; así como reformas al sistema político, destinadas a hacer posible el autogobierno colectivo (Harrington 1992, Cole 2020, 40-46).

Importa también, en este punto, advertir que escritos como los de Harrington terminaron influyendo en (y moldeando al) pensamiento radical-republicano anglosajón, ayudando a construir la mejor versión del mismo. En tal sentido, destacan los trabajos de dos figuras de enorme influencia a fines del siglo xviii -el “momento fundacional” del constitucionalismo moderno- como Thomas Paine y Thomas Jefferson, colegas vinculados en la defensa de un mismo ideario de progreso y cambio. Resulta notable observar, por ejemplo, el modo en que, tanto Paine como Jefferson -siguiendo a Harrington- combinaron sus escritos sobre el constitucionalismo y los derechos (Paine, y sus trabajos para la Constitución radical de Pennsylvania, o su libro sobre “Los derechos del Hombre”; Jefferson y sus “Notas sobre Virginia”, o sus cartas sobre la Constitución Federal norteamericana), con “escritos agrarios”, destinados a reflexionar sobre la política económica igualitaria y agrarista que requería el modelo constitucional que ambos imaginaban (Paine 1989; Jefferson 1999). En Paine, estas preocupaciones se extendieron hasta la defensa de una asignación universal igualitaria, a ser otorgada a cada individuo con su nacimiento. En Jefferson, las mismas consideraciones lo llevaron a pensar en formas de distribución igualitaria de la tierra, ayudando a forjar la tradición que luego se reflejó en el lema de los “cuarenta acres y una mula” para cada uno.

De modo afín a esa tradición, el radicalismo constitucional latinoamericano puso desde muy temprano un acento muy fuerte en los aspectos sociales o materiales del constitucionalismo. Ello se advierte, de manera particularmente saliente, en el sorprendente “Reglamento provisorio de la Provincia Oriental para el fomento de su campaña”, dictado por José Artigas para Uruguay, en 1815 (destinado a repartir tierras,

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

con prioridad hacia “los negros libres, los zambos de igual clase, los indios y los criollos pobres”); en iniciativas como las del colombiano Murillo Toro (entonces Ministro de Hacienda), destinadas a redistribuir la propiedad, con el fin de expandir la libertad política; o en criterios como los defendidos por Ponciano Arriaga -desde la misma presidencia de la Convención Constituyente de México, en 1857- al sostener que la Constitución debía ser entendida, sobre todo, como «la ley de la tierra».

La “cuestión social” en la historia reciente del “derecho de izquierda”. Quisiera cerrar este suscinto tratamiento sobre la “cuestión social” -o, más precisamente, sobre el modo en que, en su momento, tendieron a articularse ciertas preocupaciones constitucionales y políticas, con propuestas para una organización económica más igualitaria- con algunas ilustraciones sobre el modo en que esa línea de pensamiento impactó en la práctica, desde los comienzos del siglo xx. Examinaré aquí, de manera brevísima, eventos y proposiciones diversas, que pueden reunirse, al menos, en ese tipo de notas comunes: el supuesto conforme al cual las diversas “esferas sociales” (la económica, la legal, la política, etc.) deben articularse de manera conjunta; y la idea de que la libertad personal, tanto como la libertad colectiva, exigen como prerequisite la existencia de “orden material” más justo e igualitario.

i) Constitucionalismo social. Luego de los profundos terremotos sociales que sacudieron a Occidente, a mediados del siglo xix (primero, con las revoluciones democráticas de 1848; luego con la “comuna de París,” en 1871), las demandas por cambios en la organización política, económica y social, se tornaron cada vez más comunes y acuciantes. Fue entonces -fines del siglo xix- cuando nació el primer “Estado Social” europeo, de la mano del canciller Otto Von Bismarck; cuando los tories, en Inglaterra (primero, a través de Benjamin Disraeli), tomaron sus primeras medidas destinadas a moderar los peores rasgos de un capitalismo que socialmente arrasaba (i.e., en la limitación del trabajo de los menores); y cuando la Iglesia Católica, a través de León XIII, comenzó a promover sus “encíclicas sociales” (en 1891, la *Rerum Novarum*). La “cuestión social” pasaba a ocupar ahora el centro de la escena política internacional (Pisarello 2012, 104-109).

A ese novedoso camino social que tomaba la política, la Revolución de México de 1910 -impulsada, en parte por líderes campesinos radicalizados, como Emiliano Zapata y Pancho Villa- le agregaría un componente decisivo: *el constitucionalismo, en su versión social*. Fue allí, en México, y pocos años de la Revolución, cuando -en 1917- se dictó la primera Constitución Nacional de corte social¹⁰. Es decir, en 1917, México nació, para el mundo, el constitucionalismo social. Y aunque la oleada revolucionaria inicial -empujada por el radicalismo campesino e indígena- llegaba a la Convención Constituyente mucho más aplacada que en sus orígenes, el resultado producido por esa Convención resultaría,

¹⁰ En los antecedentes de la Constituyente de 1917 -primero en Ayala, luego en Aguascalientes se habían escuchado ya las voces y reclamos más extremos. Activistas y marginados, como Paulino Martínez, se habían pronunciado entonces -en Aguascalientes- reclamando “tierra, libertad y justicia,” y exigiendo un programa radical de reforma agraria. Tales reclamos se justificaban, según Martínez, porque “no es sólo disparando proyectiles en los campos de batalla como se barren las tiranías” (Sayeg Helú 1974, vol. 3, 204).

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

en cierto sentido, notable.¹¹ En todo caso, y según uno de los intelectuales “sociales”, detrás de la Constitución – Emilio Rouaix- los artículos más de avanzada del nuevo documento -el artículo 27, que vendría a nacionalizar las riquezas del subsuelo y dar contenido a la reforma agraria; y el extensísimo artículo 123, que establecería la protección de los trabajadores y reconocería entidad a los sindicatos- “fueron el resultado del radicalismo revolucionario...que estaba en todas las conciencias después de las sangrientas luchas que habían transformado a la sociedad mexicana” (Rouaix 1959, 238).¹²

La otra gran Revolución de la época -la Revolución Rusa o Revolución Bolchevique - de octubre de 1917, también mostró, en sus inicios, un fuerte compromiso social, destinado a poner fin a las angustias económicas que legara la época del zarismo. La proclama inicial de los revolucionarios fue socialista y también popular: “todo el poder a los soviets” (o consejos obreros). Sin embargo, prontamente, y según veremos, la elite revolucionaria comenzó a cerrarse sobre sí misma, y a distanciarse de las bases que habían alimentado la revuelta. Se instalaría entonces una dictadura sanguinaria y brutal, por completo incompatible con los requerimientos de una filosofía igualitaria y un “derecho de izquierda.”

En Alemania, mientras tanto, el descontento social y el hambre se extendían, luego de la derrota alemana en la Primera Guerra. Allí, las agrupaciones de izquierda aprovecharon la crisis que siguió a la capitulación bélica, para promover una huelga general de trabajadores, y demandar el establecimiento de una república socialista, en línea con el gobierno Bolchevique que se había impuesto en Rusia. De ese período de turbulencia emergió la célebre Constitución de Weimar, sancionada el 14 de agosto de 1919, y redactada por un abogado y político liberal, Hugo Preuss quien, junto con figuras como Max Weber, formaba parte del Partido Demócrata Alemán (DDP). Fue esta Constitución, junto con la de México, las que dieron origen a esta nueva etapa de *constitucionalismo social*.¹³

¹¹ Ello así, insisto, aunque los giros operados desde el extremo Plan de Ayala, hasta la Convención de Querétaro en 1917, también habían resultado significativos. Se llegaba ahora, a la Convención Constitucional, con un ímpetu social todavía intacto pero, también, con un programa de cambios más contenido, y demandas populares también menguadas (debe subrayarse, por ejemplo, que el líder político de la época, y promotor de la constituyente -Venustiano Carranza- había ordenado la muerte de Emiliano Zapata).

¹² Vale la pena dejar anotados algunas de las extraordinarias medidas sociales incorporadas por ese solo artículo, el 123. Ellas incluyeron, y por ejemplo: duración máxima de la jornada de trabajo; las condiciones del trabajo nocturno; la prohibición del trabajo de los menores; los días de descanso obligatorios; la regulación del trabajo de las embarazadas; consideraciones sobre los salarios mínimos; la igualdad que debe regir en las relaciones laborales; la participación de los trabajadores en las ganancias de las empresas; las horas extras; las condiciones de salubridad e higiene obligatorias; la obligación de educación laboral del trabajador; la regulación de los accidentes de trabajo; el derecho de huelga; el derecho de organización sindical y patronal; el despido sin justa causa; los límites a los contratos de trabajo abusivos; el seguro social; las vacaciones; las condiciones para la suspensión o cese de un obrero en su trabajo; etc.

¹³ Estos son los años, también, de la “Segunda República” española, que el 9 de diciembre de 1931 aprobó una Constitución que seguiría vigente hasta el final de la guerra civil, en 1939. La Constitución fue redactada por una comisión que presidió Luis Jiménez de Asúa. Jiménez de Asúa, quien presentó su propuesta a las Cortes en apenas 20 días, confesó que su proyecto se basaba directamente en tres *Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

ii) Estado de Bienestar. La necesidad de cambios en la organización política y social, destinados a atender la “cuestión social”, resultaban obvios a lo largo de todo Occidente. En los Estados Unidos, por ejemplo, la dramática crisis económica de 1929 desataba -de modo similar, pero más intenso, que en otras partes del mundo- una ansiosa campaña gubernamental destinada a cerrarle la puerta a la “amenaza comunista,” a la que se veía agazapada y lista para hacer su ingreso ante el estallido social. Fue entonces que el Presidente Franklin D. Roosevelt (1933-1945) se propuso salir de la “Gran Depresión” a partir de un amplio y profundo programa de intervencionismo económico. Este “nuevo trato” -el *New Deal*, inspirado en los trabajos del economista inglés John Maynard Keynes- se desarrolló centralmente entre 1933 y 1938, e incluyó una diversidad de medidas legales (inicialmente, muy resistidas desde la Corte Suprema), destinadas a asistir socialmente a los grupos más desaventajados; apoyo a los agricultores y trabajadores ambulantes; programas de subsidios y ayuda para el trabajo; etc. De manera todavía más notable, Roosevelt promovería una nueva “Carta de derechos” (*A Second Bill of Rights*), destinado a librar a los individuos de los azares propios de las contingencias económicas. El supuesto era el de que la libertad individual requería de ciertas básicas seguridades económicas (Sunstein 2006).¹⁴ Se trataba de afirmar la libertad: “frente al miedo” y “frente a la necesidad” (*Freedom from fear, freedom from want*). En Inglaterra, mientras tanto, el político y economista William Beveridge -al que se vincula intelectualmente con su compatriota John Keynes- publicaba sus dos impactantes informes sobre la crisis en Inglaterra -conocidos como los “Informes Beveridge”, que sentaron las bases teóricas/ideológicas del Estado de Bienestar inglés.¹⁵ Si, en los Estados Unidos, el ansiado modelo social no llegó a echar raíces, en Inglaterra, en cambio, el mismo se estableció y llegó a definir -en buena medida hasta nuestros días- el carácter de la organización social inglesa. En todo caso, conviene anotar lo siguiente: los fuertes impulsos que exigieron, en ambos ejemplos -Estados Unidos e Inglaterra- el establecimiento de un *Welfare State*, generaron -como en pocos otros lugares- una corriente política de reacción (o *backlash*) notable y furiosa (simbolizada en los gobiernos

Constituciones redactadas en aquellos años, y a las que definió como “constituciones madres”: la de México, la de Rusia y la de Weimar. La misma incluyó el sufragio universal; incorporó también referendos abrogatorios, consultivos, e iniciativas populares; buscó asegurar la separación entre Iglesia y Estado; dio centralidad política al Parlamento, de base popular; etc. (Pisarello 2012, 130-1).

¹⁴ La propuesta -del 11 de enero de 1944- enumeró -entre otros- el derecho a contar con un empleo útil y bien remunerado; a ganar lo suficiente para cubrir las necesidades de vestimenta, alimentación y recreación; a contar con una vivienda decente; a contar con una adecuada protección de salud y una buena educación; y el derecho a contar con protecciones contra los incidentes generados por la edad, la enfermedad, los accidentes y el desempleo” (ibid., ix).

¹⁵ En tales informes, Beveridge proponía la instauración de un *Welfare State* en Inglaterra. En su primer informe -*Social Insurance and Allied Services*- el economista sugería que todo ciudadano en edad de trabajar debía pagar unos impuestos, destinados a cubrir prestaciones sociales mínimas (frente al desempleo, la enfermedad, a la hora de la jubilación). En su segundo informe -*Full Employment in a Free Society*- definió al pleno empleo como condición para poner en marcha un Sistema eficiente de protección social. Al fin de la Segunda Guerra, y luego de la derrota del conservador Winston Churchill en manos del laborista Clement Attle, el Partido Laborista en el gobierno anunció la puesta en marcha de un Estado de Bienestar que se organizó en base a los informes de Beveridge.

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

de Ronald Reagan y Margaret Thatcher), orientada a arrasar con, o desmantelar, todo vestigio de Estado comprometido con lo social.

iii) El modelo escandinavo. El naciente Estado de Bienestar, de amplia aceptación en Europa, tuvo un amplio desarrollo en los países escandinavos (centralmente, Suecia, Noruega, Dinamarca, pero que también incluye, de forma habitual, a Finlandia e Islandia). Allí se desarrolló un modelo propio de Estado de Bienestar -el “modelo nórdico (Esping-Andersen 1990). Este “modelo escandinavo” encuentra sus orígenes en el “gran compromiso” entre obreros y empresarios que impulsaran, en la década de 1930, partidos políticos de base agraria y de la clase trabajadora. Este “gran compromiso” sentó las bases para el Estado Social futuro, apoyado en la negociación centralizada de salarios entre empresarios y sindicatos, bajo la supervisión del Estado. Se trata de un modelo que cobró especial fuerza a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial, y el fin de la guerra fría, y que apareció como alternativa en un mundo que se había tornado bipolar, entre un esquema de tipo capitalista favorecido por los Estados Unidos, y otro de tipo comunista, impulsado desde la Unión Soviética. El “modelo escandinavo” apareció mediando entre ambas alternativas: él representó un gran intento de combinar, al mismo tiempo, la preservación de las libertades individuales, y el reaseguro de ciertos beneficios sociales universales, a través de una red de asistencia que alcanzaba a todos los miembros de la comunidad.

iv) Socialismo. La segunda mitad del siglo xx fue escenario de episodios graves de conflicto social que en algunos casos -y he aquí la novedad- provocaron respuestas políticamente orientadas hacia el socialismo. De los ejemplos más notables que podrían destacarse, en este sentido, mencionaría sobre todo dos: la Revolución Cubana, y la “vía democrática al socialismo”, ensayada por Chile. En ambos casos, los regímenes instalados mostraron su convicción de que la libertad tenía como precondition la atención urgente de ciertas *condiciones materiales*. Sin embargo, tales experiencias difirieron en la otra condición que apuntáramos más arriba: el principio según el cual las libertades personales debían articularse de manera conjunta con el autogobierno político y la atención a la “cuestión social.”

En Cuba, y por las circunstancias que fueran, hubo una decisión de posponer o desplazar la protección de las libertades personales, en nombre del desarrollo económico y el reaseguro de las “condiciones materiales” -una opción que el tipo de igualitarismo que aquí sostengo, rechaza. En Chile, en cambio, se buscó impulsar una transformación económica de carácter igualitario, por una vía democrática, con la ayuda del derecho, y preservando siempre el núcleo fundamental de las libertades personales. Ello así, a través de la gestión del Salvador Allende, quien fuera electo como presidente de Chile el 3 de noviembre de 1970, y ejerciera su cargo desde entonces y hasta el día de su muerte: 3 años después, el 11 de septiembre de 1973, cuando el general Augusto Pinochet llevó a cabo un cruento golpe de estado. En todo caso, y para nuestras preocupaciones, interesa subrayar, de este ejemplo, el tipo de tensiones que la instauración de esta “vía democrática al socialismo” generó, en el ámbito jurídico, y los conflictos que se generaron desde dicho

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

ámbito. Resulta claro, en efecto, que, a pesar de sus legalistas esfuerzos en contrario, el gobierno de Allende encontró fortísimas resistencias en los poderes establecidos, para poder llevar adelante sus políticas. Ello así, en particular, desde el Poder Judicial, al que el jurista Eduardo Novoa Monreal, afín al Presidente, describió como una “justicia de clase”, que no había sabido receptar “el pluralismo ideológico imperante” (Novoa Monreal 1970, 108).

Una vez más: sirvan estas ilustraciones, simplemente, para respaldar teóricamente, e ilustrar con ejemplos prácticos, la idea sugerida en las páginas anteriores, que implicaba vincular a una arraigada tradición -la tradición más asentada y depurada del pensamiento de izquierda- con una particular filosofía política de raíz igualitaria.

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

D) CONSTITUCIONALISMO IGUALITARIO

a) Cuatro modelos posibles, y el “casillero vacío” del “derecho de izquierda”

En las páginas anteriores, esboqué algunos primeros rasgos que podrían ser propios de una filosofía política de izquierda. Ahora, me interesará mostrar de qué modo, esta visión teórica y, en apariencia, tan abstracta o “alejada de la realidad”, podría ser relevante para hablarnos de (y para someter a crítica a) nuestra vida jurídica cotidiana, real, concreta.

Para decirlo de un modo muy resumido, señalaría que, desde sus orígenes, el constitucionalismo moderno ha mostrado muy serios problemas para comprometerse, simultáneamente, con los dos principales ideales aquí referidos. En efecto, el derecho no se ha sabido comprometer, simultáneamente, con los ideales del autogobierno colectivo y la autonomía personal. Adviértase lo siguiente: la historia de Occidente nos ha permitido conocer varias alternativas o “modelos jurídicos” que, de un modo u otro, deshonraron el doble compromiso aquí defendido (afectando a veces a ambos ideales, simultáneamente; a veces sólo a alguno de ellos, en pos de la defensa del otro). Así, hemos conocido i) sistemas jurídicos fuertemente *conservadores*, marcados por el *elitismo político* y el *perfeccionismo moral*, que han bloqueado por completo el autogobierno colectivo, a la vez que han buscado imponer una forma de pensar oficial (típicamente, una religión de Estado).¹⁶ Hemos tenido la experiencia, también, de ii) sistemas jurídicos *liberales*, que supieron defender (gloriosamente, a veces) las libertades personales (típicamente, la libertad de pensamiento; la tolerancia religiosa), pero al costo de abrazar una organización del poder fuertemente contra-mayoritaria o -para decirlo de otro modo- débilmente democrática. Y hemos sabido, además, de iii) sistemas constitucionales *mayoritarios o republicanos* que, en su irrestricta defensa del ideal del autogobierno, han adoptado un mayoritarismo (al que alguna vez llamé *populismo moral*) capaz de arrasar con ciertas básicas libertades personales (i.e., desde la obligación de “dar la vida por la patria”; al establecimiento de un estrecho vínculo entre Iglesia y Estado, dado el carácter mayoritario de una cierta religión). Ocurre, sin embargo, que este breve “cuadro de posiciones”, que he presentado y defendido con más detalle en otros escritos, deja en evidencia la existencia de un “casillero vacío” (Gargarella 2010; 2013). Me refiero a una “cuarta casilla” o posición, que es la que vendría a expresar a la *izquierda* o el *igualitarismo radical*. Ésta es la posición que reivindica, de manera conjunta y simultánea, al autogobierno colectivo y al conjunto básico de nuestras libertades personales. En otros términos, el análisis llevado adelante hasta aquí nos ayuda a

¹⁶ Considero que una posición es “políticamente elitista,” cuando asume que, en los hechos, y por circunstancias diversas (puede ser la racionalidad, las ventajas “epistémicas” -el poder ver o reconocer lo que los demás no advierten-; las condiciones propias del cargo que se ejerce; etc.) sólo una pequeña porción de la sociedad -una elite- se encuentra capacitada para participar activamente en política. Considero que una posición es “moralmente perfeccionista,” cuando asume que (en este caso) el Estado tiene el derecho a usar su capacidad coercitiva para favorecer, beneficiar, o (en los casos más extremos) directamente imponer a la población, una concepción del bien que estime adecuada o correcta (típicamente, comprometiéndolo al Estado con una religión).

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

reconocer una curiosa “ausencia histórica” -nos permite “verificar” la “presencia de una ausencia”. Me refiero a un sistema constitucional que no acepta pagar el costo de un sistema contra-mayoritario, para asegurar la defensa de ciertas básicas libertades personales; ni acepta el sacrificio de tales libertades básicas, a los efectos de mantener firme su compromiso con el mayoritarismo político. El derecho, todavía, nos debe su “mejor versión”: la del derecho de izquierda.

b) Las derivas autoritaria, liberal y mayoritaria del “derecho de izquierda”

En línea con lo señalado recién, en lo que sigue voy a explorar la evolución contemporánea del constitucionalismo de izquierda. Me interesará sugerir que, de forma demasiado frecuente, (lo que podríamos llamar) la izquierda del derecho se ha mostrado seducida por proyectos que prometían cumplir algunas de sus deseadas metas, dejando de lado, en cambio, de manera habitualmente notable, otros de sus compromisos esenciales. En este sentido, y conforme a lo anunciado, exploraré a ciertas *derivadas político-jurídicas* en las que ha incurrido el “derecho de izquierda”, y que amenazan con alejar al constitucionalismo jurídico de los principios sobre los cuales estuvo fundado. No se trata, por tanto, de “denunciar” esas derivas, como si el constitucionalismo igualitario no pudiera cambiar en parte sus modos de entender el derecho, o no estuviera autorizada a optar por otros medios para alcanzar sus fines deseados. De lo que se trata es de llamar la atención acerca de algunos caminos tomados, que amenazan con convertir al constitucionalismo de izquierda en una concepción que contradice o tensiona de modo grave, los fundamentos de filosofía jurídica sobre los que se encuentra apoyado. Finalmente, el objetivo de este trabajo tiene que ver con esa tarea: desentrañar y delinear el concepto de “derecho de izquierda”, refinarlo, y precisarlo.

En lo que sigue, voy a explorar las tres principales derivas en que ha incurrido el “derecho de izquierda”: Una es la deriva autoritaria, que lo acerca al constitucionalismo conservador. La segunda es la deriva contra-mayoritaria, que lo acerca al constitucionalismo liberal. La tercera es la deriva mayoritarista, que lo acerca al constitucionalismo mayoritario.

La deriva autoritaria: Democratización o concentración del poder? La primera deriva sobre la que quisiera reflexionar tiene que ver con el posicionamiento que ha tenido/debería tener un pensamiento constitucional de izquierda, en relación con la organización del poder. El “derecho de izquierda” nació vinculando al *autogobierno* con la “voluntad general”, la soberanía del pueblo y, más específicamente, con la dispersión democrática del poder. En Europa, dicha cosmovisión se tradujo en el desafío político del absolutismo, el poder del Rey, o cualquier expresión propia de un gobierno monárquico, finalmente no-democrático. En América Latina, dicha postura implicó, desde los tiempos de la independencia, la defensa de cambios constitucionales drásticos, destinados a democratizar el poder, resistiendo toda pretensión de concentrarlo en manos de un Presidente fuerte. En tiempos en que, de manera especial, Simón Bolívar se involucraba en los procesos regionales de redacción constitucional, buscando centralizar el poder

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

(regional, militar, etc.) -normalmente, para concentrarlo sobre sí mismo- ello le exigió, a la izquierda, un enorme esfuerzo político (Safford 1985). Se trataba de mostrar que la independencia podía y debía consolidarse, sin la necesidad de resignar el poder democrático en manos de salvador alguno. Por ello, desde entonces y durante décadas, el radicalismo constitucional exploró múltiples alternativas anti-presidencialistas: drásticas reducciones del mandato presidencial (de sólo dos años, en la Constitución de Rionegro, Colombia); prohibición de la re-elección; facultades adicionales para el órgano legislativo; e incluso iniciativas muy extremas, como la del derecho ciudadano a portar armas (como modo de resistir al poder coercitivo centralizado en algún caudillo), o la defensa del tiranicidio. Todos estos criterios y sugerencias institucionales, consistentes con el discurso del autogobierno, y la vocación democrática distintiva del igualitarismo, comenzaron sin embargo a “crujir”, con el paso del tiempo, para entrar en crisis a comienzos del siglo xx. Entonces, comenzó a resultar cada vez más habitual, entre aquellos que -de un modo u otro- defendían el “derecho de izquierda”, la adhesión a proyectos que prometían asegurar algunas de sus principales aspiraciones (típicamente, la justicia social), aún a cambio de poner fin al proyecto del autogobierno entendido como democracia política. Son muchos los jalones o “hitos” que podrían mencionarse, en la historia de esta “deriva,” pero hay algunos que deben señalarse, como cruciales en ella.

El primer hito que resaltaría, en esta “deriva autoritaria” de la izquierda -un hito que merece destacarse por el impacto que tuvo dentro de la historia contemporánea del constitucionalismo- es el que se relaciona con la Constitución “revolucionaria” de México (1917) y el nacimiento del constitucionalismo social. Cuando prestamos atención -como lo hemos hecho- a dicho proceso revolucionario, y a sus implicaciones constitucionales, no podemos dejar de señalar, en primer lugar, la admiración que genera esa Constitución prolijada por la revolución de 1910: nació allí un constitucionalismo nuevo, comprometido profundamente con la cuestión social, que cambió la historia jurídica de nuestro tiempo. Sin embargo, cuando hacemos una primera pausa, y observamos con mayor detenimiento lo allí ocurrido, comenzamos a ver la complejidad y tensiones generadas a través de dicho proceso. En efecto, lo que se inauguró entonces no fue, simplemente, un período de constitucionalismo social, sino uno más complejo, y también menos atractivo, que combinaba, por un lado, densas, robustas, extraordinarias declaraciones de derechos de todo tipo (sociales, económicos, culturales); con formas más bien tradicionales, autoritarias, concentradas, de organización del poder. En este sentido, y como he escrito muchas veces, lo que emergía entonces era un constitucionalismo de “dos caras” o “dos almas” (volveremos pronto sobre este punto): una cara, social y democrática, que buscaba renovar al constitucionalismo, a través de una “declaración de derechos” que miraba al futuro; y otra, conservadora y autoritaria, que preservaba intocado (sino agravaba) una “organización del poder” del “viejo estilo”, como las construidas, en América Latina, durante el siglo xix, y a resultas del pacto “liberal conservador.” Se trata de lo que denominé el problema de la “sala de máquinas” del constitucionalismo: renovar (en apariencia radicalmente) la Constitución, a través de la

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

declaración de derechos, mientras se preserva intacto el viejo modelo de organización del poder -sin ingresar en la “sala de máquinas” de la Constitución.

Hay un episodio que grafica y simboliza esta historia, de manera notable. Me refiero al discurso pronunciado por Venustiano Carranza, en Querétaro, en vísperas de la redacción de lo que sería aquella Constitución extraordinaria. En ese momento, Carranza, Presidente y Jefe del Ejército Constitucionalista ofreció el discurso inaugural de la Asamblea Constituyente, el 1 de diciembre de 1916. Allí, Carranza hizo manifiesto todo lo que esperaba de la nueva Convención pero también, y junto con ello, dejó muy en claro los límites que no iba a permitir que la Convención atravesara. De modo más preciso: consciente de los ímpetus reformistas que movían a una parte significativa de los Convencionales, Carranza subrayó que no estaba dispuesto a aceptar la introducción de cambios constitucionales capaces de desafiar a una larga y asentada tradición política basada en el poder concentrado. Para hacerlo, Carranza apeló al viejo discurso del conservadurismo en América. Sostuvo Carranza:

Los pueblos...han necesitado y necesitan todavía de gobiernos fuertes, capaces de contener dentro del orden de poblaciones indisciplinadas, dispuestas a cada instante y con el más fútil pretexto a desmanes...La libertad tiene por condición el orden, y que sin éste aquella es imposible...El Poder Legislativo, que por naturaleza propia de sus funciones, tiende siempre a intervenir en las de los otros, estaba dotado en la Constitución de 1857 de facultades que le permitían estorbar o hacer embarazosa y difícil la marcha del Poder Ejecutivo, o bien sujetarlo a la voluntad caprichosa de una mayoría fácil de formar en las épocas de agitación, en que regularmente predominan las malas pasiones y los intereses bastardos.

De este modo, Carranza recorrió todos los tópicos del pensamiento conservador y autoritario, tan típico en la región: la anarquía, la falta de orden, la indisciplina social, los caprichos mayoritarios, los excesos, la irracionalidad y pasiones propias de la ciudadanía, la importancia de los gobiernos fuertes, el valor del reforzamiento de la autoridad. En otros términos, Carranza les dio a entender a los Convencionales que ellos podían introducir en la declaración de derechos de la nueva Constitución los cambios que quisieran; pero, al mismo tiempo, que no iba a autorizar ningún cuestionamiento a su propia autoridad, al poder del Ejecutivo. La amenaza de la anarquía -invocada históricamente por el conservadurismo regional- se encontraba más viva que nunca, por lo cual no estaba dispuesto a ceder ninguno de sus poderes militares e instrumentos coercitivos de control.

En suma, lo que nació entonces no fue -como suele decirse- el “constitucional social”, sino un tipo más específico, complejo y contradictorio de constitucionalismo, al que podríamos denominar “constitucionalismo social-conservador”. Lamentablemente, y desde entonces, parte de la izquierda jurídica comenzó a tomar como propia esa expresión del constitucionalismo, que en verdad venía a negar parte central de su propia historia. Desde ese momento, hubo dos ejemplos históricos, en particular, que alentaron y aceleraron esa deriva autoritaria del constitucionalismo de izquierda. El primero, se relaciona con la *Revolución Rusa* de 1917, que nació invocando la democratización máxima del poder (“todo el poder a los soviets”), y terminó prontamente degradándose en formas extremas del autoritarismo, que mostraban desinterés y/o directo desprecio por

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

el derecho.¹⁷ El segundo fue el de la *Revolución Cubana* que -también- se inició buscando transformar la “democracia aristocrática” en una democracia “rousseauiana” (Fronzoni 1961, 154-5), pero terminó en seguida, otra vez, convirtiéndose en un régimen opresivo, dentro del cual el constitucionalismo pasó a ser, abiertamente, una mera fachada sin contenido real.¹⁸

La concentración de poder, la centralización política, y el autoritarismo burocratizado que comenzó a ser la principal marca de identidad del “socialismo real”. El socialismo invocado, la democracia proclamada, la autogestión y la cooperación defendidas en los documentos constitucionales, terminaron expresándose en una práctica de brutalidad, espionaje, abusos y privilegios al servicio de minorías poderosas, encaramadas en los organismos de gobierno. Finalmente, nos encontramos allí con aberraciones políticas y jurídicas que la vieja izquierda política tardó en admitir, o no quiso ver, pero que hoy nos refieren a verdades establecidas -horrores- que el “derecho de izquierda” puede mirar de frente y repudiar, sin hesitaciones: no tenemos responsabilidad con ese pasado, ni compromiso alguno con él, que nos exija decir que no vemos lo que vemos -las persecuciones a los disidentes, por ejemplo- o que no escuchamos lo que escuchamos - los gritos de los presos y torturados por el poder. Ningún ideal merece ser perseguido si, como precio, requiere el sacrificio de la libertad personal y la democracia política.¹⁹

¹⁷ Un primer y serio signo de dicho viraje, fue la supresión de la Asamblea Constituyente convocada luego de la revolución. Entonces, fueron los propios bolcheviques -incluyendo a Lenin- los que comenzaron a manifestarse contra la Asamblea, luego de que el Partido Bolchevique perdiera las elecciones para la misma, y obtuviera sólo el 25% de los votos. Temiendo la operación de una Asamblea moderada (controlada por Kerenski), y apenas luego de que la mayoría de sus miembros rechazara aprobar una declaración de derechos socialista, los bolcheviques decidieron suprimir directamente la Asamblea (el 6 de enero de 1918): había llegado a deliberar sólo 12 horas. Éste sería el primer paso de una dramática deriva autoritaria de la Revolución.

¹⁸ La dirigencia revolucionaria asumió, pronta e irreflexivamente, que la “teoría constitucional socialista” requería terminar con una “pretendida separación de poderes”, para ir hacia un sistema de “unidad de poder” (Azcué 2010, 214). Sólo de ese modo -se alegaba- era posible establecer la “dictadura del proletariado”. La nueva Constitución, aprobada en febrero de 1959, modificó en tal sentido la organización del poder, y fusionó para ello los poderes legislativo y ejecutivo (el legislativo pasaba a un Consejo de Ministros designado directamente por el Presidente). La práctica, de todos modos, agravó aún más la situación descrita, ya que el poder efectivo quedó depositado enteramente en Fidel Castro, y Castro pasó a ser, desde un comienzo, “Comandante en Jefe, Primer Ministro, Primer Secretario (de las Organizaciones Revolucionarias) y máximo líder popular” (Valdés Paz 2009, 109). El país aparecía estructurado a partir de una organización centralizada del poder, y ordenado bajo la dirección de un partido único (ibid., 124). Varios años después, en 1976, se adoptó una nueva Constitución, que radicalizó el modelo autoritario ya impuesto, y buscó acercarse de manera explícita a la Constitución Soviética de 1936. El nuevo texto -que afirmaba desde su primer artículo que Cuba era “un Estado socialista de trabajadores”, ponía el acento en el papel central del Partido Comunista, la economía planificada, y la gratuidad de la educación y la salud. Éste sería el primer paso de una dramática deriva autoritaria de la Revolución.

¹⁹ A la luz de tales antecedentes, y conocidas sus consecuencias, resulta curioso comprobar cómo, en las últimas décadas, volvieron a generar atractivo, tanto dentro de la doctrina vinculada con la izquierda política (Atria 2016; Loughlin 2022), como en aquella relacionada con la derecha política (Posner & Vermeule 2010, Vermeule 2022), ciertos discursos de base schmittiana, acerca de cómo pensar la organización del poder. La idea de una política construida a partir de la distinción “amigo-enemigo”, o la apelación a la noción del “soberano que decide sobre el estado de excepción”, operaron una vez más como *Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

La deriva liberal o contra-mayoritaria: derechos para ser litigados en los tribunales?
Vimos, en el apartado anterior, el modo en que ciertos sectores de la izquierda jurídica se involucraron en la lucha por los derechos sociales y, sobre todo, en la traslación constitucional de esos derechos.

La segunda “deriva” del “derecho de izquierda” que vamos a explorar ahora, se relaciona, seguramente, con muchas cuestiones pero, de manera especial, con dos líneas de acontecimientos históricos, de extrema gravedad, que marcaron la historia de Occidente, desde mediados del siglo xx. Me refiero particularmente, y por un lado, al genocidio ocurrido en Europa, en tiempos de la 2ª Guerra Mundial; y por otro, a las masivas violaciones de derechos humanos ocurridas en América Latina, en la segunda mitad del siglo xx. Ambas aberraciones empujaron a doctrinarios y activistas de izquierda, a acercarse al derecho, primero (a un derecho al que se habían acostumbrado a mirar con desconfianza o sospecha), y a abrazar, después (con el “fanatismo de los conversos”) al discurso liberal de los derechos, y más específicamente al discurso liberal sobre los derechos humanos. A partir de allí, y según diré, parte de la doctrina jurídica de izquierda apareció como indistinguible del viejo liberalismo, lo cual implicó también asumir, innecesariamente, la concepción político- jurídica propia de aquella doctrina, con sus fundamentos, supuestos e implicaciones: desconfianza democrática; deferencia a los jueces; instituciones contra-mayoritarias.

Así como, después de la Primera Guerra Mundial, la Sociedad de las Naciones había impulsado ciertos acuerdos internacionales básicos -los primeros Convenios de Ginebra- estableciendo, por ejemplo, derechos de los prisioneros de guerra- al terminarse la Segunda Guerra Mundial, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó, en 1948, la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”.²⁰ Desde entonces (y en buena

cantos de sirena para atraer la atención hacia Carl Schmitt, y justificar nuevas formas del “decisionismo” político. Tal vez no haya lección más importante, para la izquierda política de nuestro tiempo, que la de aprender de la historia, y atarse las manos frente a la seducción que todavía le generan esas aterradoras músicas (Dyzenhaus 1997, 2004, 2012, Herrera 1998).

²⁰ La Declaración fue redactada por una comisión especial del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas -la Comisión de Derechos Humanos- formado por 8 representantes de países diversos, que incluyeron a Eleanor Roosevelt por los Estados Unidos; René Cassin, por Francia; y Hernán Santa Cruz por Chile, entre otros. El proyecto de Declaración fue aprobado el 10 de diciembre de 1948 en París, por los 58 Estados miembros de la Asamblea General de la ONU (48 votos a favor y 8 abstenciones, incluyendo las de la Unión Soviética y los países del Este. El documento quedó como tal -como una Declaración- por algunas décadas, hasta que ganó carácter obligatorio, junto con otros dos tratados aprobados en 1966 (pero que entrarían en vigor sólo una década después): el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Estos pactos destinados a la protección de derechos -se esperaba- debían haber sido producidos por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en 1948, pero entonces la Comisión sólo llegó a aprobar el catálogo general de derechos que se conoció como la “Declaración Universal.” Luego de aceptada ésta, sin embargo, la Comisión encontró dificultades graves para seguir trabajando, y su funcionamiento quedó trabado en el marco de la Guerra Fría. Durante esos años, los países del bloque capitalista abogaron por un pacto destinado a la protección de los derechos civiles y políticos; y los del bloque socialista insistieron por

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

medida hasta hoy, para bien o para mal), la doctrina constitucional -incluyendo, según diré, a la doctrina más cercana a la izquierda política- evidenció también un fuerte giro, y su trabajo pareció dirigirse plena y obsesivamente a pensar sobre los derechos: como si todo el resto de las cuestiones jurídicas perdiera importancia. Se comenzó a reflexionar, entonces, sobre el origen de los derechos; la interpretación de los derechos; los conflictos generados por la revisión judicial de los derechos; la relación entre derechos y políticas; la distinción entre derechos y democracia; los derechos de resistencia, objeción de conciencia y desobediencia al derecho; la ponderación de los derechos; el *enforcement* judicial de (todos) los derechos, etc.

Por supuesto, los esfuerzos que se hicieron en el área, destinados principalmente a dotar de vida a los derechos sociales constitucionalmente declarados, fueron excepcionales. El problema es que, dentro de los grupos jurídicos más de avanzada, toda iniciativa de cambio quedaba subsumida bajo el paraguas del “discurso de los derechos”, con los riesgos obvios del empobrecimiento de la política democrática, o aún la desmovilización política. Las luchas sociales de otro tiempo -la “toma (política) de la Bastilla” del siglo xviii- fueron dejadas a un lado. De pronto, en nuestra época, “la toma de la Bastilla” pasó a vincularse con la “conquista” y aplicación (*enforcement*) de nuevos derechos.

El esfuerzo por consagrar nuevos derechos reconoce, en el siglo xx, dos ejemplos particularmente influyentes, y notables por sus disputadas conquistas: el *movimiento por los derechos civiles*; y el *movimiento feminista*. Este movimiento que ganó particular visibilidad en los Estados Unidos, bajo el liderazgo de Martin Luther King. Su objetivo fue la conquista de derechos civiles y políticos (el derecho al voto, el acceso a la educación superior), y la abolición de prácticas centenarias de discriminación y segregación racial.²¹

De manera similar, el movimiento feminista, que llevaba décadas de intenso activismo, ganó especial fuerza, en los años 60: en ese tiempo, en los Estados Unidos, llegó a

otra modalidad de acuerdo, que pusiera atención especial en los derechos económicos y sociales. Más tarde, por lo demás, un grupo de países del llamado Tercer Mundo comenzó a abogar por otro tratado diferente, destinado a asegurar la protección de los derechos de los pueblos, en particular de aquellos que habían sido descolonizados de manera reciente.

²¹ La labor del movimiento se hizo notar, de manera especial, entre 1954 y 1968, a través de masivas movilizaciones populares, y acciones de resistencia no violenta. El grupo comenzó a obtener reconocimiento legal, primordialmente, durante los años de la llamada “Corte Warren”. Esta Corte pasaría a ser, de algún modo, la abanderada de esas luchas raciales -la vanguardia jurídica de esas luchas. Ello así, para dar respaldo a algunas de las principales demandas del movimiento, comenzando por el célebre fallo *Brown v. Board of Education*, de 1954, que puso fin a la doctrina (discriminatoria) de “separados pero iguales” (que, por ejemplo, reconocía el derecho de blancos y negros a la educación pública, pero bloqueaba la posibilidad de que blancos y negros concurriesen a las mismas escuelas). De manera similar, y tal vez más relevante, el movimiento obtuvo en esos años significativos respaldos políticos, en nombre de leyes como la ley de los derechos civiles (*The Civil Rights Act*) de 1964, que prohibió toda discriminación basada en la raza; o la ley de derechos de voto (*The Voting Rights Act*) de 1965, destinada a proteger el derecho de voto de las minorías raciales (Fiss 1976; Rosenberg 1991; Ackerman 2018).

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

convertirse en el más importante y numeroso movimiento social, en la historia del país.²² Las demandas de las activistas se extendieron a áreas y temas diversos, que incluyeron los derechos reproductivos; la no-discriminación y la igualdad ante la ley; el fin de la violencia contra las mujeres; el derecho al divorcio; mejoras en los derechos laborales; cambios en las leyes de patria potestad; etc.²³

Asimismo, las últimas décadas, el debate político en torno a los derechos (sus límites e implicaciones) y los conflictos destinados a alcanzar nuevos derechos (o a asegurar la aplicación efectiva de los derechos existentes) no dejó de expandirse. *Las violaciones masivas de derechos humanos ocurridas en América Latina, a fines de la década de los 70*, terminaron por traducirse también en un movimiento global que bregó por la internacionalización del derecho; el definitivo resguardo de ciertos básicos derechos humanos; y la responsabilización y castigo de los responsables de las violaciones de derechos ocurridas en esos años 70. Muchos países de la región, en tal sentido, modificaron sus ordenamientos legales para otorgar estatus constitucional o supralegal a los *tratados de derechos humanos*.

Animado por el impacto de esta nueva oleada, el movimiento jurídico en favor de los nuevos derechos no dejó de profundizarse y de expandirse, desde entonces, hacia nuevas áreas, que incluyeron, de manera especial, a los *derechos indígenas*, y a los *derechos relacionados con el medioambiente*.²⁴

²² El movimiento feminista reconoce raíces muy profundas, y algunos antecedentes particularmente relevantes, como el del movimiento de las “sufragistas” inglesas -fundado en 1903- que reclamaba, a través de medidas de acción directa y de desobediencia civil, por el derecho de las mujeres a votar en las elecciones del Reino Unido.

²³ De manera lenta, incompleta, y con reversiones significativas (*backlash*) y algunas (recientes) derrotas (como en el caso *Dobbs*, de 2022, sobre el aborto), el movimiento obtuvo victorias importantes, en materia de igualdad de derechos; educación; no discriminación; contracepción y salud reproductiva, entre tantas otras disputas importantes que emprendió (Gago 2019; Carrera et al 2020). Tales victorias incluyen algunas conquistas recientes -pienso en el derecho al aborto, en países tan disímiles como Irlanda o la Argentina- a través de movilizaciones democráticas extraordinarias, que ratificaron el notable papel que pueden jugar la discusión colectiva y el activismo social (la democracia, finalmente) en la lucha acerca de los contenidos y alcances de los derechos personales (Segato 2021, Siegel 2001 Post & Siegel 2007 West 1989). Ello, aun cuando nos encontremos muy lejos de una situación como la que la “izquierda del derecho” demanda, en términos de igualdad, esto es, una en la que la sociedad no convierte “diferencias moralmente irrelevantes” en “desventajas sistémicas” (Rawls 1971; Sunstein 1994).

²⁴ Los derechos indígenas fueron reconocidos inicialmente en Guatemala (1985) Nicaragua (luego de un conflicto que enfrentara al gobierno Sandinista con el grupo indígena de los Miskitos, en 1987). La Constitución de Brasil, de 1988, también había mostrado apertura hacia la cuestión indígena, incluyendo, sobre todo, una serie de protecciones especiales para los aborígenes, en el capítulo VIII del texto. Estos casos pioneros fueron seguidos por la aparición, en 1989, del conocido Convenio 169 de la OIT, que incluyó disposiciones destinadas a garantizar el respeto a la cultura, forma de vida e instituciones indígenas; y otras orientadas a asegurar el derecho de consulta efectivo a los pueblos indígenas cuando se tomen decisiones que los afecten. A seguidas de la aprobación del Convenio 169, apareció una nueva oleada de Constituciones que dio ingreso a la cuestión indígena. La mayoría de estas Constituciones incluyen completas listas de derechos indígenas, y adoptan una postura favorable al pluralismo jurídico. Pueden mencionarse aquí a Constituciones como las de Colombia, 1991; Paraguay, 1992; Argentina y Bolivia, *Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

Ahora bien, qué es lo que significa la resumida historia anterior, dentro del examen que estamos llevando aquí a cabo? Significa que una parte importante de la izquierda jurídica -una izquierda que, durante demasiado tiempo, había desconfiado del derecho; una izquierda que tendía a considerar a los reclamos en pos de nuevos derechos como reclamos irrelevantes o absurdos- pasó a modificar, a veces, hasta el extremo contrario, su postura anterior. Así, en particular, a partir de la conmoción causada por las violaciones de derechos masivas y gravísimas, ocurridas al tiempo de la Segunda Guerra; o, más tarde, a partir de los crímenes horrendos provocados por las dictaduras de la segunda mitad de ese siglo. El impacto que tuvieron estos hechos sobre el pensamiento jurídico de izquierda fue tal que, de modo más común que excepcional, sus representantes tendieron a hacer colapsar a la izquierda jurídica en el viejo liberalismo constitucional. Ello, con todas las esperables e inatractivas implicaciones propias de dicho movimiento. Así, el activismo jurídico de izquierda pasó a vincularse con el litigio jurídico, antes que con la movilización social (en ciertos círculos, sí, pero en círculos amplios); el foco de la atención de ese activismo pasó a concentrarse (consecuentemente) menos en la política, que en los tribunales; cuestiones que antes eran concebidas, fundamentalmente, en términos de procesos políticos colectivos, pasaron a reconvertirse en litigios individuales (llevados a cabo, esencialmente, por un individuo, y a ser resueltos por un técnico especializado); la reflexión teórica de izquierda, en general, fue re-dirigida, desde una reflexión sobre los modos del cambio social, hacia otros temas relacionados con abstracciones jurídicas: las teorías de la interpretación constitucional, el litigio estratégico, los modos del *enforcement* judicial, etc. En los peores casos, que no fueron pocos, la transformación de (cierta porción de) el “derecho de izquierda” en una vertiente del liberalismo constitucional, vino de la mano de algunos de los supuestos e implicaciones más objetables, propios de esta última tradición constitucional. Pienso, de manera especial, en la desconfianza hacia la democracia -democracia que muchos liberales, torpe o malintencionadamente, identificaron como base social del nazismo- y, más generalmente, en la desconfianza que algunos doctrinarios de la izquierda mostraron hacia los procesos propios de la reflexión colectiva.²⁵ Una consecuencia crucial, y

1994; Ecuador 1996 (y 1998); Venezuela, 1999; México 2001. Encontramos entre tales documentos Constituciones que adoptan fórmulas que definen al Estado como multicultural o pluricultural (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador); y garantizan ya sea el derecho a la diversidad cultural (Colombia, Perú), ya sea la igualdad de culturas (Colombia, Venezuela), quebrando así el diseño monocultural heredado del siglo XIX (ver Yrigoyen Fajardo 2011, 132). El otro gran documento que cambió la historia de los derechos indígenas, fue la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada por las Naciones Unidas, en el 2007. La Declaración se concentró, en particular, en cuestiones tales como la identidad cultural, la educación, el empleo y el idioma de tales pueblos; a la vez que garantiza su derecho a la diferencia y a su desarrollo económico, social y cultural. Este nuevo y fundamental documento resultaría seguido por las Constituciones más avanzadas en la materia, que fueron las primeras del siglo XXI. Ecuador 2008, y Bolivia 2009). De manera notable y controversial, Constituciones como las de Ecuador y Bolivia se mostraron originales, también, en la incorporación de novísimos derechos, como los derechos de la naturaleza. De este modo, retomaban y extendían las protecciones medioambientales que buena parte de las Constituciones de la región habían reconocido ya, en años anteriores. Así, por ejemplo, Argentina art.41; Bolivia art.33; Brasil art.22; Chile art. 19 inc. 8; Colombia art.79; Costa Rica art.50; Ecuador art.14; El Salvador art. 117; Guatemala art.97; Honduras art. 143; México art.4; Nicaragua art. 60; Panamá art.118; Paraguay art.7; Perú art.2; República Dominicana art.66; Uruguay art.47; Venezuela art.117.

²⁵ Este viraje del constitucionalismo, hacia el “paradigma de los derechos”, ha venido generando reacciones particulares (y más recientes) en otros sectores, más críticos, de la izquierda constitucional. Así, por *Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

también shockeante, de este tipo de cambios, es el hecho de que el radicalismo constitucional, que se había caracterizado durante mucho tiempo por su preocupación por la “cuestión social” y las “condiciones materiales” de la libertad, que exigía la redistribución de la propiedad, como Artigas; o que se animaba a llamar a la Constitución “la ley de la tierra”, como lo hacía Ponciano Arriaga; pasó a dejar en un lugar relegado o de olvido a esos reclamos, como si la prioridad fuera no la de redistribuir la riqueza, sino la de buscar, en un litigio, el reconocimiento judicial a un derecho individual de carácter social.

La deriva mayoritarista: Autonomía individual o pura regla de la mayoría? La última “deriva” de la que quiero ocuparme, tiene que ver con el modo en que cierta izquierda jurídica ha ido recuperando el principio mayoritario. Aquí (y, en buena medida, de manera opuesta a lo que examinábamos en el caso anterior), nos encontraremos con una porción de la izquierda que, en su obstinada o dogmática adhesión a la regla de la mayoría, comienza a desplazar u olvidar el otro costado de sus compromisos fundamentales, vinculado con la protección de las libertades personales. En este caso, las libertades personales pasan a perder fuerza jurídica, como si volvieran a ser (como alguna vez fueron consideradas): meras formalidades abstractas, irrelevantes en la práctica constitucional.

Para precisar lo que digo, permítaseme dar un paso atrás, para señalar lo siguiente. En buena medida, todos los procesos revolucionarios que examinamos más arriba asentaron su reclamo de autogobierno en demandas por mayor libertad personal, y en contra de regímenes que, de un modo u otro, buscaban imponer una concepción del bien (i.e., una religión, a la que se consideraba oficial); perseguían a los disidentes; ejercían la censura sobre la prensa y las voces críticas; etc. La fuerza de las revoluciones sociales, muy comúnmente, nacía de tales motivaciones: la rebeldía contra el poder opresor; la búsqueda de libertad personal. Dicho esto, sin embargo, también es cierto que -como vimos, como veremos- en muchas ocasiones, y en tren de afirmar la regla mayoritaria (o una versión posible de la “participación popular”), el pensamiento que asociamos con la izquierda terminó comprometido también con la imposición de “modelos morales” particulares. En

ejemplo, en autores inscriptos dentro de la corriente conocida como “political constitutionalism” (Bellamy 2007; Loughlin 2022; Tomkins 2005; y sus antecedentes, como Griffith 1977). Uno de los autores más prominentes de esta corriente, Martin Loughlin, dedicó buena parte de sus últimos trabajos -y uno de sus textos más recientes, el libro *Against Constitutionalism*- precisamente, a calibrar y desarrollar esa crítica “contra el constitucionalismo.” Resulta central, en críticas como la que elabora Loughlin, la denuncia de estos desarrollos como “respuesta a la menguante capacidad de las legislaturas para implementar programas redistributivos, que da completo apoyo a la idea de un litigio individualizado, monitoreado por los tribunales constitucionales” (Loughlin 2020, 186). Con él, parte de la actual doctrina constitucional británica citada tiende a mirar al pasado -en “nostalgia” de los años felices del “estado social” -buscando inspiración para pensar en alternativas para el presente. Ellos anclan su mirada en aquella etapa de post- guerra, a la que ven marcada por el *Welfare State*; las políticas de pleno empleo; la primacía de la política; la crítica de clase al activismo judicial; los partidos políticos fuertes; las frecuentes movilizaciones populares; sindicatos poderosos; etc.

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

algunos casos, dicha visión manifestó dificultades para relacionarse con, o respetar debidamente, a las minorías étnicas, raciales o políticas.

La teoría de Rousseau tendió a identificar a quienes no participan de la “voluntad general” como personas equivocadas. De manera similar -y también lo hemos visto ya- el anti-federalismo norteamericano llegó a propiciar un tratamiento privilegiado para las religiones mayoritarias a nivel estatal, por ser mayoritarias; y parte del radicalismo latinoamericano suscribió, abiertamente, una visión del constitucionalismo en donde los deberes del ciudadano hacia los demás, o hacia su patria, desplazaban con fuerza los más básicos reclamos vinculados con la propia vida, libertad o propiedad. En este sentido, podríamos decir que, en ciertas ideas comunes dentro de la tradición del pensamiento jurídico de izquierda (ideas compartidas con, a fines a, las del mayoritarismo político) latía, de modo muy fuerte, un componente peligrosamente anti-liberal, desinteresado en torno al primordial valor de las libertades personales.

Más contemporáneamente, han renacido o recobrado fuerza aquellos impulsos anti-liberales, que anidaban dentro de la izquierda jurídica más tradicional. Las razones que explican la revitalización de estos impulsos mayoritaristas son, otra vez, seguramente muy diversas. Pueden figurar, entre ellas, la extendida conciencia de que nuestros sistemas democráticos funcionan muy mal; de que el poder ha quedado concentrado en burocracias y elites; y de que hay una enorme demanda social -silenciosa a veces, ruidosa otras- en reclamo de mayores oportunidades para la participación política (supuestos propios de un movimiento *anti-establishment*, muy en boga en estos años). Del mismo modo, el hecho de que parte de nuestras elites muestren una renovada sensibilidad mayoritaria, puede tener que ver con un uso manipulativo del discurso mayoritario: simplemente, una manera de socavar el poder de los órganos nacionales de decisión; o una forma de otorgarle legitimidad democrática a expresiones que (conforme veremos, al reflexionar sobre teoría democrática) difícilmente merezcan ser caracterizadas como democráticas. Asimismo, y según veremos (cuando examinemos la idea de “democracia populista”), puede ocurrir que se apele al argumento mayoritarista, de una manera meramente estratégica, destinada a galvanizar a cierto sector de la sociedad, en contra de otro sector al que se identifica como “enemigo”. Quiero decir: son muchas las razones que nos permiten explicar el renacimiento del pensamiento mayoritarista. Más difícil, en cambio, es explicar por qué -sino por inercia, dogmatismo, o falta de reflexión- ciertos sectores de la izquierda jurídica terminan adheridos a ese tipo de visiones.

En todo caso, el hecho es que en ocasiones -no pocas, con el aval de cierta porción de la izquierda jurídica- el derecho moderno ha avalado violaciones graves de derechos personales, en nombre de la democracia y la regla mayoritaria. Recuérdese, por caso, de la iniciativa popular llevada adelante en el estado de Colorado, en 1992, para enmendar la Constitución, dirigida a impedir que se diera protección especial a los homosexuales, y que fuera aprobada mayoritariamente. La enmienda, invalidada por la Corte Suprema Norteamericana en el caso *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996), resultó una trágica manera destinada a restringir gravemente los derechos de una minoría perseguida, a través

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

de un mecanismo puramente mayoritario. Parte de la izquierda, sin embargo, quedó encerrada en un dilema, por su dificultad teórica para objetar al mayoritarismo que reduce la democracia a un sistema de mera agregación o superposición de votos. De manera similar -y similarmente trágica- el más reciente fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en materia de aborto - *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (2022)- nos ofrece un ejemplo paralelo, y diferente a la vez, del anterior. Aquí, una ultra-conservadora Corte norteamericana, sostuvo que cuestiones como las del aborto, que involucran algunas de las más íntimas decisiones personales, debían ser -desde ahora en más- objeto de decisión por parte de las legislaturas locales -es decir, puro fruto de la voluntad mayoritaria expresada por las legislaturas locales. En todo caso, y para concluir, agregaría simplemente que estos son sólo algunos ejemplos importantes -presentes y pasados- del modo en que el argumento (puramente) mayoritario, dentro del constitucionalismo, ha venido a ponerse al servicio de la restricción de los derechos personales. El igualitarismo constitucional que aquí se propone, claramente, desafía y resiste a esta visión, porque asume que la defensa del principio democrático es, puede y debe ser, enteramente compatible con la preservación de las libertades personales más básicas.

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

II) DEMOCRACIA, DERECHOS y PROTESTA

a) Qué concepción de la democracia requiere un “derecho de izquierda”?

La “conversación entre iguales” como versión de la democracia deliberativa.

Aquí voy a proponer, de modo controvertido tal vez, que la concepción de la democracia que mejor encaja con un “derecho de izquierda” es una como la que expresa el ideal de la “conversación entre iguales” (Gargarella 2021). Esta visión considera que, en una sociedad plural, multicultural, marcada por una diversidad de visiones (razonables) y profundos desacuerdos sobre cómo llevar adelante la vida colectiva, la forma más apropiada de resolver esas diferencias -una forma respetuosa de la común igualdad (nuestra “igual dignidad moral”)- es la de desarrollar una conversación inclusiva y horizontal (“entre todos los potencialmente afectados,” como diría Jürgen Habermas), buscando limar diferencias y construir acuerdos. Señalar esto, según diré, no implica asumir que, apelando a la conversación no va a haber más conflictos; o que todos los desacuerdos pueden (o merecen) resolverse conversando (i.e., una violación); o que todas las personas están motivadas para participar en política (o que necesitan estarlo, en todos los casos); o que la conversación tiene sentido, con independencia de las condiciones en que se desarrolla (i.e., en un contexto en donde una porción de la sociedad necesita dedicar sus principales energías para asegurar su subsistencia). Nada de eso: se trata, simplemente, de un “ideal regulativo”, que -como tal- nos da fundamentos para examinar críticamente nuestras prácticas institucionales, y nos ayuda a orientar nuestras propuestas de reconstrucción institucional (i.e., qué tipo de cambios institucionales promover, y en qué dirección).

La idea de la “conversación entre iguales”, claramente, forma parte de la (vasta) familia de teorías que hoy conocemos como teorías de la “*democracia deliberativa*” (Besson & Martí 2017; Habermas 1996; Elster 1998; Nino 1991). Se trata de teorías que consideran que las decisiones públicas se justifican en la medida que sean el resultado de una “deliberación entre todos los afectados”: la decisión del caso debe ser el resultado de “*la fuerza del mejor argumento*”. En todo caso, y aunque éste sea un tema que también dejaré para desarrollar en otra oportunidad, diré que hay algunas diferencias importantes que distinguen a la “conversación entre iguales” de la mayoría de las teorías que hoy forman el núcleo central de la democracia deliberativa. Mencionaría, en particular, dos aspectos. En primer lugar, en la “conversación entre iguales” que defiendo, aparece en claro que la “conversación” no se reduce, exclusivamente, al intercambio de argumentos (como podría darse en el foro judicial, o en el ámbito de una clase). Aquí se entiende que las emociones, el enojo, los gritos, también pueden alimentar una discusión entre personas que están en desacuerdo: se trata de formas, normalmente legítimas, de expresar quejas y puntos de vista, sobre todo en el marco de sistemas institucionales que no funcionan bien o están en crisis. De manera similar, se asume aquí que la conversación pública debe ser -tanto como sea posible- lo más horizontal y extendida que se pueda (una conversación, efectivamente, entre “todos los afectados”). Ello -otra vez, y muy en particular- en el

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

marco de sociedades afectadas por una profunda “crisis de representación” que (como veremos) hacen que la discusión desarrollada por representantes, en un Congreso o Parlamento tenga, en general, sólo un vínculo muy tenue con lo que podría ser una discusión pública extendida entre los ciudadanos. La postura que aquí defiendo ve a la discusión política o parlamentaria no, en principio, como un “sucedáneo” posible de la discusión entre todos, sino como una forma en principio muy alejada y distorsionada de la “conversación entre iguales” (Nino 1991).

b) Lo que no es la “conversación entre iguales”

Aunque examinaremos con detenimiento ciertos detalles posibles de la “conversación entre iguales” quisiera en este punto inicial, distinguir al ideal de la “conversación entre iguales” de otros ideales democráticos que han estado o aparecen presentes en las propuestas ideológicas más vinculadas con la izquierda. Pienso, por ejemplo, en ideas tales como la “voluntad general” (que asociamos con el pensamiento Rousseau); o la “democracia plebiscitaria” o “fuerte” (como la que propusiera Benjamin Barber); o la “democracia populista” o “radical” (como la que defendiera Ernesto Laclau). En el marco de este trabajo, sólo puedo dar un primer esbozo de esta discusión, que podría llevarnos todo el libro. Por lo tanto, me contentaré con presentar y criticar a tales visiones, por el momento, en unas pocas líneas, que -al menos, espero- permitirán a los interesados contar con una guía desde donde continuar este debate.

“*Voluntad general*”. Primero, la idea de Rousseau sobre la “voluntad general” definió, y sigue definiendo, muchas de nuestras discusiones en materia de democracia. Rousseau era un crítico de los sistemas tradicionales de la representación política; y es uno de los teóricos en los que nos apoyamos para fundar el ideal del autogobierno. Sin embargo, diría, en el núcleo de su propuesta aparecían elementos que hoy no pueden sino generar resistencias en quienes pensamos en un constitucionalismo democrático para sociedades plurales. Cuando Rousseau hablaba de la “voluntad general” como la voluntad del pueblo que debía decidir sobre todos los asuntos de gobierno, no pensaba (como lo hacen hoy algunos de sus continuadores) en la “voluntad de la mayoría”: él consideraba que personas situadas en un pie de igualdad (condición para el surgimiento de la “voluntad general”) iban a saber reconocer, cada una, y a partir de su autorreflexión, qué era lo mejor para todos: ésa conclusión compartida era aquello a lo que llamamos “voluntad general”. Para ilustrarlo con un ejemplo burdo: si somos 100 personas (iguales) en la comunidad, y tenemos 100 manzanas para repartir, cada persona debía poder reconocer (y debía luego votar por ello) que lo que debía hacerse al respecto era entregar una manzana a cada uno: ésa es la expresión de la “voluntad general”, que no requiere de mayorías, ni de debates previos. Y si alguien, a la hora de votar, pedía para sí las 100 manzanas, se trataba no del caso de una persona que pensaba diferente, sino de una persona equivocada, que no había sabido reconocer lo que todos los demás sí: cuál era el contenido de la “voluntad general”. En primer lugar, hay una cuestión muy grave, en el marco de una sociedad plural y marcada por los desacuerdos, en ese tratar como alguien “equivocado”, a quien simplemente piensa de manera diferente. En segundo lugar, hay un problema serio en ese

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

supuesto anti-deliberativo, que -como señalara bien el especialista en Rousseau, Bernard Manin- considera que la formación de grupos -como la llegada de “nuevas minorías” ajenas a la comunidad- y la discusión entre ellos, empeora, en lugar de enriquecer, a la democracia, por ayudar a que surjan y se hagan evidentes o se extremen las diferencias de pensamiento existentes entre los miembros de la comunidad (Manin 1987). Por lo mismo, anida en dicha visión un supuesto difícil de aceptar, acerca de la “auto-iluminación” a la que puede llegar cada uno, pensando (y motivándose a pensar) sólo en términos de los intereses de todos. Aún en sociedades más igualitarias, no es dable pensar (y no resulta plausible simplemente asumir) que las personas van a inclinarse a pensar en el interés común, y reconocer -simplemente- cuál es la forma del mismo. En todos estos aspectos -el rechazo a la deliberación; el pensar a las diferencias como problema; el concebir a las minorías (recién llegadas) como amenaza para la comunidad; etc.- resulta claro, el ideal de la “conversación entre iguales” se diferencia evidentemente del ideal de la “voluntad general”.

Democracia participativa. Este ideal también es muy distinto de las visiones meramente “participativas” o “plebiscitarias” de la democracia. Pensemos, por caso, en el trabajo de Benjamin Barber sobre la “democracia fuerte”, que puede simbolizar bien a esta forma de pensar la democracia (Barber 1984). Este punto de vista asume, con razón, la crisis de la democracia representativa, tanto como los límites de las democracias liberales (contra-mayoritarias), y se propone como alternativa una en donde se ofrecen amplias oportunidades para la decisión directa de las mayorías, alentándose su participación activa, en línea con lo que fuera el antiguo modelo de la democracia ateniense. Barber, en particular, centró sus esperanzas en el uso de medios electrónicos, para que los ciudadanos expresen sus decisiones informadas, a través de referéndums o plebiscitos (Barber 1984, Gutman 1993, 415). Otra vez, desde el punto de vista de la “conversación entre iguales” (y tal como aclaré con más detalles, más adelante), esta idea de la participación como votación permanente resulta muy poco atractiva. Básicamente: votar no es (lo que aquí, en principio, valoramos, esto es) conversar. En efecto, votar no nos ayuda a iluminarnos mutuamente; corregirnos unos a otros; reconocer el valor que hay en lo que piensa el otro (volveremos sobre este punto, con mucho detalle, más adelante). Mucho peor: la votación suele ser la negación de la posibilidad de conversar y matizar. Un ejemplo simple: un plebiscito por “sí” o “no” al aborto, no sólo no nos ayuda a encontrar puntos de acuerdo, sino que además nos fuerza a tomar posiciones extremas, sobre cuestiones complejas y cargadas de matices (razonablemente, podríamos querer decir: “sí al aborto cuando concurren tales y tales circunstancias, pero en el caso del feto anencefálico tal otra cosa; o el aborto sólo debería ser pemisible hasta tantos meses, pero no luego...; etc. etc.).

En ese marco, difícilmente pueda sostenerse que, para democratizar una sociedad, o una institución, lo que debe hacerse es “votar más”. Y sin embargo, eso -y, muchas veces, solo eso- es lo que se reclama, aún (sino especialmente) desde la izquierda con tales objetivos. Para decir lo propio con algún ejemplo: alguien sugiere “democratizar las fiscalías”, la respuesta inmediata que se escucha, desde la izquierda, es “votemos a los

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

fiscales”. Alguien propone que debe "democratizarse el Poder Judicial”, la izquierda responde enseguida: “jueces electos por votación popular!” El escenario, tantas veces repetido, daría gracia si no fuera, sobre todo, desolador: cómo puede ser posible, a esta altura, y a la luz de una historia que todos conocemos? Adviértase lo siguiente (y menciono sólo algún problema sobre lo dicho, para no sobreabundar en algo que, a esta altura, debiera ya ser obvio). El juez o la fiscal que elijamos mañana, por votación popular, se quedará luego en su puesto por largos años (en algunos casos, de por vida), y durante todo ese tiempo, nuestra posibilidad de interactuar con él o ella será, simplemente, nula. Ahora, la autoridad electa contará con el poder enorme con el que cuenta siempre, que le permitirá “negociar de manera espuria”, si es que así lo quiere, cada una de sus decisiones pero -mucho peor que hasta hoy: ahora actuará como lo hacía antes, pero con una legitimidad democrática de la que antes carecía, y a nuestro nombre. Nuestra situación, como ciudadanos, resulta peor de la que ya teníamos: quedamos con menos poder (el funcionario exhibe ahora credenciales democráticas que antes no tenía), y otra vez en silencio: nuestros lazos con los funcionarios, nuestras posibilidades de interactuar con ellos, nuestra capacidad de reprocharle por lo que deciden, son nulos. Por lo dicho, cualquier (necesario, deseable) proceso de “democratización” (de la justicia, de la economía, del derecho) puede, eventualmente, incluir “más votaciones” pero debe, fundamentalmente, implicar otras cosas: foros de debate, lugares de encuentro, herramientas para la corrección y el reproche, mecanismos de control en manos del ciudadano, etc.

Democracia populista. En el caso de la “democracia populista” defendida, por ejemplo, por Ernesto Laclau, la sociedad enfrenta una situación extrema de crisis representativa, que tiende a resolver a través de la identificación con un líder “populista”. Que se produzca, en los hechos, esa identificación depende de varias cuestiones, que incluyen esa fuerte “ruptura” o “crisis” del sistema, con profundas demandas insatisfechas; y el establecimiento de una “cadena de equivalencias” que permite que el líder agrupe esas demandas insatisfechas bajo un cierto paraguas común o -para decirlo en términos de Laclau- bajo un “significante vacío” como la idea de “pueblo”. Finalmente, el éxito de esta operación requiere, además, que se mantenga viva esa identificación (esa “construcción identitaria”), a lo largo del tiempo, a través del no reconocimiento de una parte de esa comunidad política. Se constituye así esa dinámica (Schmittiana) de “amigo-enemigo”, en donde el “pueblo” antagoniza con el “anti-pueblo” (Laclau 2014; Peruzzotti 2021, Martinico 2021). La “unidad del pueblo” se mantiene así, fundamentalmente, a través del mantenimiento de ese intenso antagonismo con otra parte de la sociedad (el “anti-pueblo”). Son muchas, y demasiado importantes, las cuestiones que merecerían señalarse, en la diferenciación entre esta postura “populista” y la “conversación entre iguales”, pero aquí me contentaré con decir las siguientes. Primero, el “populismo” de Laclau deja en buena medida fuera de la vida política activa, a casi toda la comunidad: a ella sólo le queda avalar, aplaudir o acompañar aquello que realiza el líder. Segundo, las “fallas” de esta visión “populista” no aparecen sólo en términos de la exclusión efectiva de la mayor parte de la comunidad (todo lo hace y decide el líder), sino también en

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

términos deliberativos: aquí no se delibera nada (el pueblo “no delibera ni gobierna”), sino que se asiente y acepta lo que el líder decide. Tercero, el ideal dialógico busca resolver, antes que agudizar, promover o alimentar, los enfrentamientos entre sectores sociales diferentes. No es así -a través del antagonismo- en que se construye una democracia inclusiva. Frente a esto, alguien podría decir -Chantal Mouffe podría decir- que los defensores de la democracia deliberativa “temen” o que el liberalismo igualitario está interesado, sobre todo, en “evitar” el conflicto (Mouffe 2018). En mi opinión, sin embargo, pocas cosas están más alejadas de lo cierto: toda la obra de John Rawls, en particular (tal vez, la *bête noire* de Mouffe) aparece dirigida explícitamente a reaccionar y responder frente a conflictos (i.e., el odio racial; la “guerra” en nombre de la religión) que se generan en una sociedad plural/multicultural (i.e., Rawls apuesta, en dichos casos a lograr un “consenso superpuesto”, a través de acuerdos institucionales, como en su momento pudo representarlo la Primera Enmienda norteamericana -sobre tolerancia religiosa).

c) Izquierda y derechos: los derechos como resultado de un proceso de construcción colectiva.

En los orígenes de la idea de “derechos”. En los párrafos anteriores, expuse la teoría de la democracia con la que -según entiendo- se encuentra asociada con un “derecho de izquierda”. Me referí, entonces, a una visión particular, que desafía a muchas de las ideas de democracia prevalecientes entre corrientes y pensadores de izquierda: la democracia entendida como “conversación entre iguales”. En los párrafos que siguen, voy a ocuparme de la segunda tarea prometida: determinar cuál sería la *teoría de los derechos* con la cual un “derecho de izquierda” podría comprometerse.

Ante todo, y retomando el ejercicio que realizara en las secciones anteriores, voy a hacer referencia a algunas de las lecturas sobre los derechos que “el derecho de izquierda” debería resistir. Me refiero a visiones que considero predominantes en la teoría contemporánea, también -sino especialmente- entre doctrinarios progresistas. Piénsese, ante todo, en la tradición de los “derechos naturales” que proviene de Locke, y que hoy sigue siendo influyente -de manera más o menos explícita- entre juristas que asociamos con el liberalismo de izquierda (estaré pensando, en particular en doctrinarios anglosajones, como Ronald Dworkin; europeos, como Luigi Ferrajoli; o latinoamericanos, como Eugenio Zaffaroni). Esta tradición vio a los derechos como expresión de “verdades autoevidentes”, cognoscibles a través de la razón, y como tales ajenos fundamentalmente a todo proceso de “creación” humana.²⁶ Es esta manera de

²⁶ La tradición de los “derechos autoevidentes”, podría decirse, nació con John Locke. En su *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, publicado en 1689, el pensador inglés hizo referencia a los principios que debían organizar al gobierno civil (Locke 2016). Locke destacó, en particular, el hecho de que las *personas* nacían “iguales,” y dotados de ciertos “derechos naturales,” inalienables: se trataba de derechos que eran dados por Dios a cada persona. Locke habló entonces de tres derechos fundamentales: el derecho a la vida, a la libertad, y a la propiedad (*estate*). Se trataba, en definitiva, de derechos que permitían entender la misión de todo gobierno civil. Según especificó Locke, en esa oportunidad: i) existen ciertos derechos inalienables

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

pensar la que abona -todavía hoy- la idea de que los derechos deben entenderse como formando parte de una esfera separada de la democracia: ajenos a ella y por tanto, habitualmente, sujetos al exclusivo y excluyente control de los jueces. Para que se entienda lo que esto implica: concebir a los derechos como “separados de” la democracia, significa sostener -al menos, en principio- que cuestiones tales como el aborto, la eutanasia, o la prensa (por citar sólo algunos casos notables) no deben quedar sujetas a la discusión democrática, sino que deben “retirarse” del debate público, para permanecer resguardadas (y “a salvo” de toda intromisión democrática) a través de los mecanismos del control judicial. Contra dicha visión, aquí me interesaré defender una aproximación radicalmente más bien opuesta, y sostener que los “derechos” son un producto de la democracia y que, como tales, están sujetos a la regulación de la ley, a resultados de procesos (políticos, que no es lo mismo que decir partidarios) de reflexión colectiva.²⁷

Los derechos en la doctrina contemporánea. La doctrina contemporánea sigue plenamente involucrada en la discusión sobre los derechos y -esperablemente o no- sus debates de hoy no se muestran desligados de aquellos primeros debates originarios. Una parte muy significativa de esta doctrina -una parte que incluye a autores inscriptos en lo que podríamos llamar un liberalismo de izquierda o “progresista”- sigue viendo a los derechos, como lo hacía Locke, como vinculados a “verdades autoevidentes”, que “nosotros, el pueblo”, no creamos sino, en todo caso, reconocemos o “descubrimos.” Ello, aunque hoy repudien, en lugar de reivindicar, el lenguaje de los derechos “naturales”. Los derechos aparecen, de esta forma, como “planetas” que los principales expertos de nuestra

(vida, libertad, propiedad); ii) el primer deber del gobierno es el de proteger los derechos inalienables de las personas; iii) la autoridad es legítima en la medida en que descansa sobre el consenso de los gobernados; y iv) el pueblo tiene el derecho de resistir y derrocar al gobierno que no respete debidamente sus derechos básicos. La importancia adquirida por la reflexión lockeana sobre los derechos fue extraordinaria. Y no hay mejor forma de corroborar su notable influencia que prestar atención a Thomas Jefferson, en tanto autor la “Declaración de la Independencia” norteamericana, esto es decir, uno de los documentos jurídicos más importantes en la historia de Occidente. Pues bien, sin mayores modificaciones, la breve y fundamental “Declaración” norteamericana, escrita por Jefferson, reproduce casi de modo textual el ideario lockeano sobre los derechos y el gobierno civil.

²⁷ Con el paso de los años, y frente a la influyente cosmovisión sobre los derechos recién examinada, fue erigiéndose otra, de orientación más bien opuesta, que encuentra fundamento en los trabajos del pensador británico Jeremy Bentham. Bentham entendía que la idea de “derechos naturales” que se utilizaba allí (una idea claramente emparentada con la visión de Locke) resultaba frágil y poco atractiva: ella era susceptible de dar lugar a abusos y excesos impermisibles, como los ocurridos en la fase jacobina de la Revolución (Revolución a la que Bentham apoyaba). Por ello, Bentham se refirió a la noción de derechos allí incorporada hablando de una idea “ambigua,” “sentimental”, de consecuencias “anárquicas.” Se trataba -en la conocida frase de Bentham- de una “tontería” extraordinaria -una verdadera (son sus términos) “tontería en zancos” (Bentham 2022). Frente a dicha aproximación, Bentham defendió su propia postura, muy contraria a aquella. Según Bentham, debía reconocerse que los derechos eran *creados por la ley*, y que la ley era el producto de la voluntad del soberano. Como sostuvo en su “Teoría sobre la legislación”: “la propiedad y la ley nacen juntos, y mueren juntos también. Antes de que las leyes se crearan no había propiedad: cuando se quitan las leyes, la propiedad se termina”.

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

comunidad “localizan” gracias a sus especiales habilidades epistémicas (si se quiere, y para continuar con la metáfora: nuestros científicos “descubren” gracias a sus conocimientos y el uso sofisticados aparatos técnicos, como grandes telescopios). Como se puede advertir, de este modo los derechos quedan vinculados con procesos completamente ajenos al debate y la decisión democráticas.

Piénsese, por ejemplo, en (el primer) Dworkin, y su famosa distinción entre “principios” (derechos) y “políticas” (Dworkin 1975). Dworkin hablaba entonces de dos “esferas” diferentes, con contenidos diferentes, y que hacían un llamado a una clara división del trabajo entre jueces y legisladores: Los primeros (los jueces) debían quedar a cargo de la custodia de los derechos (que era lo realmente importante, los principios fundamentales que debían resguardarse por siempre); mientras que los segundos (los legisladores) debían dedicarse, meramente, a la implementación de políticas (y no, entonces, a la discusión sobre lo más importante, esto es, sobre los principios y derechos).

Piénsese, también, en el trabajo de Luigi Ferrajoli, quien de algún modo extremó la visión de Dworkin.²⁸ Ferrajoli llama a la “esfera de los derechos” la “esfera de lo indecible”, y pretende describir, a través de dicha noción, todo aquello sobre lo cual la política no puede operar. El razonamiento, en verdad, es todavía más problemático de lo que allí aparece: Ferrajoli, como Zaffaroni, parte de una (injustificada y) muy empobrecida idea de la democracia (muy vinculada con los extraordinarios excesos que indebidamente se le atribuyen, desde los tiempos de la Segunda Guerra Mundial); asume (sin mayor fundamento empírico) la irracionalidad de esas mayorías y aún -sino, sobre todo- su disposición a cometer violaciones masivas y graves de derechos (el genocidio); y ve en los derechos barreras (no democráticas) administradas por jueces, como única salvaguarda posible para las libertades personales. Desde esta visión, luego, puede reconocerse como un escándalo que en Colombia se someta a la consideración popular un Acuerdo de Paz (porque, como dijera en su momento Ferrajoli, “la paz no se plebiscita” Ferrajoli 2016); o calificarse como carente de seriedad toda iniciativa que demande discutir “en las calles” sobre las normas penales (Zaffaroni 2014); o que requiera invalidar judicialmente una discusión política de décadas, referida a cómo lidiar con las peores tragedias del pasado (como lo hiciera, sin mayores miramientos, la Corte Interamericana en el caso “Gelman”, basándose en la idea de que la democracia no debe entrometerse con ciertas cuestiones de derechos).

Contra dicha visión, puede reconocerse una postura contraria (una que encuentra anclaje en los referidos trabajos de Bentham). La idea, en este caso, es que existe una íntima conexión entre derechos y democracia: los derechos son producto de una creación humana, y como tales “nacen y mueren” con la ley. Contemporáneamente, esta visión, aunque -según entiendo- minoritaria, reconoce nobles defensas. Piénsese, por caso, en el más importante libro escrito por el filósofo Carlos Nino, *Ética y derechos humanos*.

²⁸ Ferrajoli extremó, pero luego no moderó, como sí lo hiciera Dworkin, años después, y luego de recibir constantes críticas desde el costado más “democrático” del debate. Véase, por ejemplo, Dworkin 1996, y contrástese con Ferrajoli 2013, o con Zaffaroni 1988.

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

Escribe Nino, en el comienzo de su libro (literalmente, en la primera línea de la página 1 del libro): “Indudablemente, los derechos humanos se encuentran entre las grandes invenciones de nuestra civilización” (Nino 1991, 1). En otros términos, -y según decía Nino- cuando hablamos de derechos, hablamos sobre todo de un “invento,” esto es, de una creación colectiva. De manera similar, y sólo por citar otro ejemplo, puede considerarse el caso de Cass Sunstein, profesor de Harvard y el constitucionalista más citado de nuestro tiempo. Para Sunstein, “los derechos deben entenderse como instrumentos destinados a proteger los intereses humanos más importantes” (Sunstein 2006, 203). Esta visión (alineada con lo que se conoce como la “teoría del interés,” sobre los derechos), también viene a decirnos que los derechos no deben entenderse como “naturales”, “pre-políticos”, o “pre-gubernamentales.” Por el contrario, cuando hablamos de derechos hablamos de creaciones humanas -finalmente, de meros instrumentos- que diseñamos con el objeto de asegurar protección a las cosas que más nos importan.

Este tipo de enfoque es, sin dudas, el que suscribe una visión del “derecho de izquierda”, y el que se relaciona con una teoría de la democracia como la de la “conversación entre iguales” (Gargarella 2022). Los derechos pueden y merecen ser entendidos como el resultado de nuestra conversación democrática, extendida en el tiempo. Se trata de nuestra reflexión, a la luz de un pasado que (a veces nos enorgullece, pero habitualmente) nos horroriza: la reflexión que surge cuando miramos los horrores y violencias que hemos cometido, contra intereses que consideramos fundamentales. Se trata del compromiso que asumimos, colectivamente, y de manera pública, de no volver cometer esos excesos de los que nos avergonzamos. Por ello es que escribimos en nuestra Constitución esos compromisos: de este modo es que proclamamos en público que haremos todo lo posible para defender, de ahora en más, esos intereses fundamentales que tantas veces hemos ofendido. A esos intereses los llamamos derechos constitucionales: son hijos de nuestros peores excesos, fruto de nuestra reflexión democrática, y expresión del compromiso que asumimos frente a quienes nos rodean y en nombre de las futuras generaciones. Los derechos constitucionales, entonces, no deben ser considerados (nunca más) ajenos al debate democrático, sino fundamental parte y producto del mismo.

d) Derechos que sostienen derechos: Del derecho de protesta al derecho de resistencia

Dentro de la concepción de derechos referida -una concepción que vincula, en lugar de separar (como lo hace buena parte de la doctrina), a los derechos con la reflexión democrática- hay algunos derechos que pasan a adquirir una relevancia especial -ello, pese al significativo hecho de que se trata de derechos relegados, desvalorizados o directamente repudiados por la doctrina legal y política prevaleciente. Me refiero a los derechos relacionados con la protesta social, y la resistencia a la opresión.

Esta relación de desconfianza entre la doctrina dominante y derechos como el de la protesta se advierte aún en las mejores y más igualitarias concepciones teóricas con las que contamos. Piénsese en el dato siguiente: la concepción de la deliberación democrática (familia dentro de la cual inscribo a la “conversación entre iguales”), nació vinculada a la

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

noción de “la fuerza del mejor argumento” (Habermas 1975). Ello implicaba decir que, en un sistema apropiado de deliberación democrática, eran las mejores razones las que debían primar -y no la violencia, la manipulación, el engaño, etc. Esa atención tan particular sobre los “argumentos” se convirtió en sello de identidad de las “teorías deliberativas,” que prontamente parecieron dejar de lado la consideración de otras fuentes fundamentales de la deliberación colectiva -entre ellas, las emociones (como ya mencionamos), y la protesta social (Mansbridge 2018). Para la idea de “conversación entre iguales” que aquí defiendo, en cambio, la idea de “protesta social” juega un papel central (Gargarella 2019). Ocurre que i) siendo tantas y tan severas las violaciones de derechos que ocurren en sociedades como las nuestras (violaciones que además adquieren dimensión constitucional, dado el marco de Constituciones “generosas” en materia de derechos); y ii) siendo tales las dificultades que presenta el sistema institucional, para que los distintos grupos afectados canalicen institucionalmente sus quejas (quejas, insisto, de rango constitucional); entonces iii) las demandas y protestas extra-institucionales o, en ocasiones, contra-institucionales que tales grupos realicen, se tornan relevantes -sino imprescindibles- para que el resto de la comunidad conozca esas faltas, y el sistema institucional se active, de algún modo, para remediarlas.

En base a todo lo dicho, me interesó decir, en su momento, que el derecho de protesta debía ser entendido como un *primer derecho*: un derecho que tenía una particular relevancia en contextos semejantes. Se trata del derecho que nos ayuda a mantener intactos a los demás derechos. Si este derecho “cae” - por ejemplo, porque los gobiernos no toleran o reprimen todas las protestas cívicas- toda la estructura de derechos entra a “crujir” -queda en situación de riesgo.

Por ello es que podemos decir, contra lo que suele ser la reacción habitual de nuestros poderes públicos, que estos poderes no deben apelar, como “primera respuesta” frente a dichos cuestionamientos, a la respuesta de la represión o el procesamiento/persecución de los manifestantes. Por el contrario, en condiciones como las citadas, y *prima facie*, la respuesta del poder público debía ser la opuesta. Las autoridades del caso deben preguntarse, en primer lugar, acerca de la existencia o no de graves violaciones de derechos constitucionales, en cuyo caso deben salir con urgencia a atenderlas, para remediar las propias faltas (en la prevención y remedio de esas violaciones de derechos). Inmediatamente luego -agregaría- tales autoridades públicas deben ocuparse de proteger o salvaguardar (tanto como les sea posible) a esas voces críticas, que permiten que todos -autoridades constituidas y conciudadanos- conozcan la presencia y causas de graves violaciones constitucionales.

Lo dicho no implica decir que toda protesta hecha por grupos muy desaventajados sea justa; o que todo lo que esos grupos hagan durante la protesta (i.e., actos de grave violencia) esté justificado; o que nunca puede reprocharse a tales grupos por las faltas que cometen durante sus acciones de protesta. Lo crucial es que esos grupos, en la medida en que sufran agravios graves, puedan hacer conocer esas violaciones de derechos injustas que padecen. De ese modo es que se hace posible, para todos, la reparación institucional

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

de esas violaciones. Ello, otra vez, no implica conferirle “bandera blanca” a los grupos que se quejan, para llevar adelante cualquier tipo de acción de protesta (i.e., violar de modo grave los derechos de los demás), aunque algunas de esas acciones pueden -eventualmente- *justificarse o excusarse*, ante la ausencia de alternativas apropiadas para hacer visibles esas afectaciones de derechos. Actos que de otro modo no aceptaríamos o reprocharíamos (i.e., impedir el acceso a un edificio público; cortar parcialmente una vía de tránsito; etc.) pueden aparecer, en ciertos casos, como medidas “necesarias” (justificadas o excusables) para denunciar un agravio, cuando -por razones ajenas a su responsabilidad- tales personas no pueden hacer conocer a las autoridades y a los demás, los padecimientos que atraviesan.

Contemporáneamente, se advierte que un viejo derecho de protesta -el más extremo- viene cobrando particular fuerza, tal vez en razón del carácter grave y/o irremediable que aparece caracterizando a la crisis del sistema de representación democrática. Es tal la insatisfacción que genera la vida en nuestras democracias constitucionales, sobre capas muy amplias de la población, que -de modo más o menos explícita- comenzamos a encontrarnos con situaciones de *resistencia al derecho*. Es interesante tomar nota de esta situación, teniendo en cuenta que un pensador liberal-conservador como Locke (y según vimos, unos pocos párrafos arriba) alistó al derecho de resistencia entre las cuatro ideas fundamentales con las que pensaba al gobierno civil.²⁹ Primero en Locke, luego en Jefferson, más tarde en buena parte de las nacientes naciones independientes, la noción de la “resistencia al derecho” recorrió la historia del derecho moderno, hasta esfumarse, repentina y sorpresivamente, de ese menú privilegiado de principios dentro del cual se encontraba. El hecho es que hoy, ese derecho con extraordinario linaje merece ser retomado como “última carta,” frente a graves y sistemáticas violaciones de derechos fundamentales (Gargarella 2005). Necesitamos volver a pensar sobre las condiciones de una posible justificación del derecho de resistir al derecho (la justificación de aquellas “acciones militantes” que Rawls supo considerar, breve pero atentamente, en una desatendida nota al pie de su trabajo (Rawls 1971, 367). En efecto, Rawls sostuvo que, en determinadas circunstancias, “las acciones militantes y otros tipos de resistencia” “-desarrolladas por quienes entienden que las prácticas prevalecientes son por completo contrarias a básicos principios de justicia” pueden encontrarse “seguramente justificadas” como modo de llamar la atención sobre “la visión predominante sobre la justicia o, de modo tal de forzar un movimiento en la dirección deseada” (Rawls 1971, 367).

e) Castigo (y abolición del castigo) en una comunidad de iguales

Antes de concluir este apartado sobre la noción de derechos, y sobre “los derechos que sostienen derechos” -como la protesta- quisiera hacer unas breves referencias a la cuestión

²⁹ Como viéramos: i) existen ciertos derechos inalienables, ii) que todo gobierno debe proteger, iii) asentándose en el consentimiento de los gobernados, iv) gobernados que pueden *resistir* a sus autoridades, cuando ellas incumplen con sus deberes fundamentales.

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

de la coerción estatal y el castigo, frente a aquellas personas que -según reconoce y determina el Estado- han violentado derechos.

Sobre la dificultad de justificar el castigo penal. La primera aclaración que quisiera hacer es que, luego de cientos de años, la doctrina sigue encontrando dificultades extraordinarias para justificar el castigo -sobre todo cuando se define al mismo como “imposición deliberada de dolor” (Hart 1968, Bedau 1961). Desafortunadamente, las razones que tradicionalmente han explorado nuestras sociedades para justificar el castigo han demostrado ser muy frágiles: tanto las justificaciones kantianas o retributivistas (“le impongo un castigo porque se lo merece”), como las benthamianas o consecuencialistas (“le impongo un castigo como forma de disuadir a los demás de que sigan su ejemplo”).

El *utilitarismo* enfrenta problemas serios por los modos en que tiende a tomar a las personas como *meros medios*, para el beneficio de otros; por su susceptibilidad a avalar el castigo de inocentes (por qué no hacerlo si es que dicha decisión permitiera evitar, por caso, situaciones de pánico social o los disturbios generalizados); por el hecho de que las penas (típicamente, privativas de libertad) que avala no muestran la capacidad disuasoria que el utilitarismo alega; y por el hecho de que existen formas alternativas posibles de disuasión que resultan, a primera vista, más razonables, menos violentas, menos brutales, para el reproche penal. Por otro lado, las justificaciones del castigo asociadas con el *retributivismo* también han mostrado sus problemas. Se dice entonces que el castigo, administrado por el Estado, se parece demasiado a una forma de venganza. Por lo demás, las justificaciones retributivistas del castigo se enfrentan con el problema serio relacionado con cómo entender la proporcionalidad que propician, entre crimen y castigo (La pregunta es: cuál es, en un caso concreto, una respuesta satisfactoria proporcional al mal que se ha cometido? Para peor, las formas contemporáneas del retributivismo aparecen comprometidas con más y más severos castigos (Braithwaite & Pettit 1990). Es interesante notar que estas críticas a las justificaciones prevalecientes en torno a la pena, hoy comunes dentro de la doctrina, no eran ajenas a las reflexiones de Karl Marx.³⁰

El reproche estatal para el “derecho de izquierda”. El fracaso que muestran las respuestas teóricas tradicionales, en relación con cómo justificar el castigo que proponen como respuesta a las violaciones de derechos, no significa que el “derecho de izquierda” cerraría los ojos frente a las faltas graves que pudieran cometer alguno. Que la práctica tradicional del castigo resulte difícil o imposible de justificar sugiere, en todo caso, que

³⁰ Marx dedicó, en este sentido, pocas pero ricas páginas en relación con el castigo penal, y particularmente un artículo aparecido en el *New York Daily Tribune*, en 1853. Allí, criticó duramente al utilitarismo (sostuvo que “el mundo no ha sido ni intimidado ni mejorado por el castigo. Más bien lo contrario”), y mostró una posición más respetuosa del retributivismo -doctrina a la que terminó criticando, preguntándose qué pasaría si, en la práctica, las leyes vinieran a servir meramente a los intereses de las clases dominantes. Se preguntó: “Sería justo, en tales situaciones, forzar a los ofensores a cumplir con la ley, o sería éste sólo un *modo* de contribuir a la consolidación del estatus quo?” Para Marx, al reforzar el castigo en una sociedad desigual, lo que se hacía era “reforzar el estatus quo” (Marx 1853).

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

la respuesta estatal frente a las violaciones de derechos debe ser una diferente de la respuesta dominante y común.

En efecto, en la actualidad, las respuestas que da el Estado frente a quienes comenten ofensas se caracterizan (crecientemente) por su violencia: lo que se busca es -como nos recuerda Duff- "amoldar a alguien a los golpes", asustar a alguien, provocar que la persona tenga miedo y, por eso, no vuelva a cometer una falta. Dicha idea contradice, directamente, los propósitos que debe tener el reproche penal en una comunidad de iguales. Lo que aquí importa, en primer lugar, es otra cosa: nos interesa que esa persona entienda la gravedad de la falta cometida y no vuelva a cometerla (Duff 2001, Braithwaite & Pettit 1990). Debe resultar claro, en todo caso, que la respuesta estatal no debe tener, como componente distintivo, el de la exclusión (i.e., la cárcel), mucho menos bajo la idea de que, de ese modo, esa persona -una vez cumplida su pena- va a poder "integrarse" mejor a su comunidad. Resulta simplemente absurda la idea de que alguien va a estar en mejores condiciones de sumarse de nuevo a la sociedad, luego de que se la separa comunidad, de sus vínculos y afectos, a la vez que se la vincula con las personas que la sociedad ha identificado como las de "peor conducta." En tal sentido, la respuesta estatal debe ser, fundamentalmente, una *respuesta integrativa*, genuina y razonablemente orientada a que la persona vuelva a vincularse con su comunidad. Finalmente, debe considerarse -contra el sentido común prevaleciente dentro de la doctrina penal- que existe una amplia diversidad de respuestas posibles, diferentes de la exclusión carcelaria, frente a quienes cometen faltas graves (John Braithwaite y Philip Pettit exploran varias de ellas -incluyendo las multas y las afectaciones a la propiedad, el trabajo comunitario, la inhabilitación para ciertas tareas, etc.- en Braithwaite & Pettit 1990). Por todo lo dicho y a partir de las razones expuestas, puede concluirse que, en una comunidad de iguales, las formas tradicionales del castigo (violentas y crueles, irracionales, excluyentes) quedan abolidas (Christie 1977, 1982).

Las precondiciones de la coerción estatal. La última aclaración que quisiera hacer tiene que ver con la pregunta relacionada con la autoridad del Estado para hacer uso de la coerción. La cuestión es relevante porque se trata de uno de los poderes más importantes de los que dispone el Estado, y de los que más riesgos genera. En tal sentido, debe señalarse: i) que, en general no es fácil justificar el uso de (cualquier versión de) la coerción estatal (según Rawls, ésta es la gran pregunta de la filosofía política: cuándo se justifica la coerción, Rawls 1971); ii) que, por las razones arriba revisadas, el uso de la coerción penal es particularmente difícil de justificar; iii) que, por razones obvias, resulta todavía más difícil de justificar la coerción estatal en contextos de injusticia y desigualdad. Ello así, particularmente, porque en dicho contexto es dable esperar que el derecho sea escrito, aplicado e interpretado por unos pocos, lo que torna previsible que el derecho comience a sesgarse en favor de aquellos que ocupan posiciones de privilegio en esa estructura decisoria (por qué aplicarían el derecho contra ellos mismos, pudiendo eludirlo? Por qué es que se abstendrían de proteger los privilegios o beneficios especiales de los que gozan, pudiendo hacerlo?). Un dato común a todas nuestras sociedades reafirma, del modo más grave, la seriedad de ese tipo de riesgos: vivimos en sociedades

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

radicalmente multiculturales, en donde sistemáticamente se encuentran composiciones carcelarias homogéneas. Qué puede explicar resultados tan trágicos, sino la presencia de sistemas institucionales afectados por graves sesgos internos.

Frente a lo dicho, y en compañía de modestos, lentos pero significativos avances doctrinarios, sostendría lo siguiente: no cualquier Estado puede reclamar autoridad sobre nosotros ni puede, bajo cualquier condición, ejercer su fuerza. En lo que nos interesa: la autoridad del derecho y -lo que va de la mano de ella, esto es, el uso legítimo y justificado de la fuerza estatal, requiere del cumplimiento de ciertas condiciones básicas o *precondiciones*, que no aparecen presentes en muchas de las sociedades en las que nos encontramos. Quiere decir ello que, en sociedades fuertemente desiguales, debería negársele al Estado la autoridad para hacer uso de la “violencia” que monopoliza y controla? Tal vez sí. El hecho de que esta respuesta resulte angustiante, no niega la importancia de plantear la pregunta del caso, ni convierte a esa posible respuesta en una respuesta incorrecta o injustificada.

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

III) INSTITUCIONES:

a) Recuperar el contenido democrático del constitucionalismo. Sobre las limitaciones del voto

En las páginas que siguen voy a concentrarme en el análisis de instituciones específicas, comenzando por las que -más allá de inercias o prejuicios- la izquierda debería resistir o adoptar con más lucidez. Tal vez es todo lo que podemos hacer, desde la academia: definir principios; marcar la dirección de “hacia dónde ir,” y por qué razones; ayudar a precisar el diagnóstico (e impedir así que se insista con soluciones y propuestas equivocadas); etc. Paso entonces a hacer un repaso sobre “camino (institucionales) que no se han de tomar” y, eventualmente, de alternativas más atractivas.

Un constitucionalismo hoy vaciado de contenido democrático. El voto y sus limitaciones

Comienzo haciendo algunas consideraciones sobre la necesidad de cambiar los fundamentos del sistema institucional, democratizando al constitucionalismo. Desde sus propios orígenes, las relaciones entre democracia y constitucionalismo han sido tensas (Elster & Slagstad 1993). Simplificando exageradamente una historia demasiado larga, podría decirse que las Revoluciones de Francia y los Estados Unidos plantearon dos modos de relación diferentes entre ambos ideales, y que el modelo que terminó por imponerse fue el más restrictivo sobre el ideal democrático. El tipo de constitucionalismo que se expandió por Occidente, desde finales del siglo xviii, fue uno destinado a contener y limitar, más que a promover y expandir, a ese ideal democrático. De modo más controvertido aún, podría decirse que el constitucionalismo se fundó sobre presupuestos de “desconfianza democrática”, organizándose entonces a través de un entramado institucional que, esperablemente, modeló ese temor a los excesos democráticos (Dahl 1956). De la construcción institucional que empezó a erigirse desde entonces, y entre muchas otras, destacan algunas “piezas” que ratifican dicho sesgo, como las siguientes: un sistema representativo que se erige a partir de la distinción y separación entre ciudadanos y representantes, antes que en el persistente vínculo entre ellos (Manin 1997); las pocas oportunidades para la participación o intervención cívica de la ciudadanía (para lo cual se dejaron de lado los múltiples mecanismos propuestos o implementados, alguna vez, para potenciar la capacidad ciudadana de decisión y control sobre sus autoridades); la decisión de apostar por el “autointerés”, antes que por la “virtud cívica”, como combustible del constitucionalismo; la supresión de los foros ciudadanos y *town meetings*; las elecciones indirectas; la decisión de dejar la “última palabra” institucional en manos de unos jueces -“guardianes platónicos”- a los que se atribuía la capacidad técnica (epistémica) de “conocer” lo justo; etc. Cuando Roberto Unger se refiere al “pequeño y sucio secreto” del constitucionalismo, se refiere a esto (Unger 1996). El “derecho de izquierda” necesita organizarse a partir de fundamentos opuestos, relacionados con la confianza, antes que con la desconfianza democrática: el constitucionalismo debe ayudar a organizar, antes que a impedir, nuestra conversación democrática.

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

Votar no es conversar: Sobre las extremas limitaciones del voto. El voto periódico siempre ha sido caracterizado como un elemento definitorio de una organización democrática: aquello que nunca debería faltar. Por ello mismo, tal vez, se tiende a pensar demasiado poco, y poco críticamente, sobre el voto: se trata de un supuesto del que se parte, sin mayores reflexiones adicionales. Sin embargo, la izquierda necesita “correr las cortinas” que han comenzado a encubrir la cuestión, y comenzar a pensar críticamente sobre la cuestión. Enumero aquí sólo algunos de los múltiples problemas que afectan al voto periódico.

Sólo votar. Dentro de las tradiciones radicales del pensamiento político, el voto siempre fue “una pieza más”, indispensable, dentro de un amplio conjunto de piezas que venían a posibilitar el autogobierno colectivo. Ellas podían variar un poco, de caso a caso, pero se trataba de múltiples piezas -ya existentes o demandadas- que se articulaban entre sí. Pongamos, por citar algunas: rotación obligatoria en los cargos; mandatos cortos; revocatoria de mandatos; asambleas comunales o *town meetings*; etc. Acompañado de todo un entramado de herramientas, el voto cumple una función fundamental. En soledad, en cambio, luego de que se suprimieran o dejado de lado muchas de las herramientas que lo acompañaban, el voto pierde mucha de su fuerza, y comienza a “cargar sobre sus espaldas” responsabilidades y expectativas que no está en condiciones de satisfacer.

¿Pasado o futuro? Desprovisto de “ayudas” o “respaldos” institucionales apropiados -es decir, en soledad- el voto no puede servir al mismo tiempo -como hoy se pretende- para orientar políticas a futuro y “responsabilizar” -premiar y castigar- por políticas adoptadas en el pasado. Y lo mismo que con políticas, se da en relación con representantes particulares: cómo hacer para decirle a un representante, a través del voto, que quiero que lleve adelante determinadas iniciativas, que tal vez ha prometido, y a la vez premiarlo o castigarlo por alguna de las decisiones que tomó en el pasado? En algún momento, en cambio, esa tarea era (no asegurada, pero al menos) facilitada, por la existencia de instrumentos diversos: podía utilizar el voto para orientar a futuro, y otra herramienta independiente -por ejemplo, la revocatoria- para reprochar por lo hecho en el pasado.

Políticas y candidatos múltiples. Todo lo dicho comienza a agravarse al extremo, cuando razonablemente complejizamos el panorama. Imaginemos que ahora nos interesa hablar (ya no de un político x, o de una iniciativa política z), sino de un plan de gobierno, o de una batería de medidas que ha tomado una cierta administración. Imaginemos que queremos decirle a un gobierno que deje de lado ciertas iniciativas tomadas en el pasado (digamos, su política de seguridad), pero no todas (su plan económico, o ciertas medidas del mismo); y/o que, de aquellas que promete adoptar, implemente algunas (una ley de aborto), pero no todas (su política sobre minería). O sino, pensemos que queremos decirle a un grupo político, que siga promoviendo a ciertos candidatos, pero que se libre de otros (por sus comportamientos corruptos, digamos) Cómo hacemos? Nuestra imposibilidad de “decir algo” a través del voto parece absoluta. Quedamos obligados a manifestar un apoyo o rechazo ciegos, y confiar en que nuestros votos se “sepan interpretar” (lo cual genera terribles dificultades adicionales relacionadas con quién va a interpretar, o cómo se va a

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

interpretar ese agregado de votos, esa voluntad colectiva). En suma, primera cuestión: en su soledad actual, el voto pierde buena parte de la fuerza que, en compañía de otros instrumentos, el voto alcanzaba. Hoy, el voto nos sirve para decir muy poco, y muy confusamente.

Extorsión electoral. Si el análisis anterior mostraba un panorama ya muy oscuro, en relación con el voto, veamos lo que ocurre cuando agregamos esta dificultad adicional. Me refiero a lo que he denominado el problema de la “extorsión electoral” (Gargarella 2022, cap. 8). El problema en cuestión aparece cuando debemos votar por un “paquete cerrado” de propuestas (un Tratado; un Acuerdo de Paz; el Brexit; una Constitución); contamos, como es habitual- con un solo voto (pongamos, “sí” o “no”), y nula capacidad de matizar o aclarar nuestro voto; y tenemos (como resulta esperable) opiniones diversas y aún, antitéticas, sobre diversas secciones de lo que se vota. La situación es mucho más común y corriente de lo que parece. Pongamos que se somete a nuestra consideración una Constitución (típicamente, de 200, 300 o 400 artículos), y que (más allá de que tendríamos el derecho de decir algo sobre cada uno de los artículos del texto), queremos decir sólo unas muy pocas cosas, pero en tensión entre sí. Digamos: un “sí” enfático a la incorporación de nuevos derechos sociales, pero un “no” rotundo a una nueva reelección presidencial. La situación nos coloca frente a un dilema trágico (y extorsivo): para promover lo que decididamente apoyamos, quedamos obligados a avalar aquello que con toda convicción repudiamos. Esta situación, absolutamente normal en nuestras sociedades, debería ser considerada ofensiva, en términos democráticos, pero sin embargo es de modo habitual descrita como una alta expresión de la vitalidad democrática de nuestros sistemas. Mucho peor que eso: a sabiendas de las implicaciones de ese tipo de mecanismos extorsivos, muchos líderes autoritarios “construyen” esos dilemas, de manera adrede, para dotar de aparente “legitimidad democrática”, a decisiones que carecían por completo de ella. Típicamente, ellos buscan ganar la reelección “ofreciendo a cambio”, a los votantes que resisten esa posibilidad, algunos “derechos” o conquistas que anhelan con fervor. Se trata de la situación que Rosalind Dixon ha descrito bajo la idea de “derechos como sobornos” (Dixon 2018).

Las observaciones anteriores nos ayudan a revelar un problema relevante, que es directamente decisivo cuando se concibe a la democracia como proponemos hacerlo aquí, esto es, como una “conversación entre iguales”. El problema es: el voto no nos ayuda a “dialogar;” tiene demasiado poco que ver con la “conversación”, sino es que directamente toma su lugar y la impide. Cuando nuestro único instrumento institucional -la única herramienta con la que contamos- para expresarnos como ciudadanos es el voto, luego, quedamos sin la posibilidad de matizar; de informar al otro; de conocer mejor a nuestros representantes en el foro público; de corregirnos mutuamente; de responsabilizar a nuestros representantes (premiarlos o castigarlos) por lo que han hecho o dejado de hacer; etc. Quedamos sin chances de decir “esto sí, pero aquello no, y por qué no, en cambio, hacer aquello otro, pero hacerlo de este modo, o por tanto tiempo, o en tales espacios.” Votar no es conversar, sino un ejercicio que hacemos solos, individualmente, en el cuarto oscuro; que importa emitir un mensaje habitualmente muy confuso; que otros -no

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

nosotros- interpretarán a su modo, y de la manera (más precisa o caprichosa) que puedan, desde sus posiciones de poder.

Todo lo señalado hasta aquí no pretende sugerir una conclusión del tipo “el voto no sirve,” “suprimámoslo”; sino otra, más bien, contraria a la anterior: el voto, sin la compañía de otros instrumentos, o en las condiciones actuales, se encuentra por completo imposibilitado de cumplir con la multiplicidad de contradictorias tareas que le asignamos. La democracia requiere de instituciones que incluyen, pero que también van mucho más allá, del voto periódico: ella no puede ser reducida al voto, o identificada con el mismo.

b) Democratizar el poder es lo opuesto a concentrarlo en una persona

Contra la concentración del poder Si la primera gran “confusión” institucional de la izquierda es la de asimilar democracia con voto (y así, perder finalmente la palabra -su capacidad de decir, corregir y reprochar institucionalmente), la segunda gran falla es la que la lleva a asimilar -sin mayor cuidado, con total descuido- a un Presidente fuerte (al que coyunturalmente ve como aliado) con un “pueblo” fuerte o robustecido. Ello así, ante todo, contra los mismos dictados de la lógica: democratizar el poder requiere dispersarlo, y no -precisamente- concentrarlo en las manos de uno o unos pocos. Ello así, en contra de la propia trayectoria del radicalismo político -una trayectoria de movilizaciones, rebeliones, levantamientos- durante la que denunció a la concentración del poder como rasgo propio del conservadurismo político, y reconoció a la vez que el “poder popular” requería de mayor poder de decisión y control en las propias manos de la ciudadanía. Ello así, en contra de siglos de escritos políticos denunciando la concentración del poder, el absolutismo, la monarquía, el híper-presidencialismo (avalando el tiranicidio!). Ello así, en contra de una larga e historia (y del sentido común, finalmente), que demuestra la irracionalidad (respecto de los propios fines) de delegar poderes discrecionales, a quien hoy nos encanta o pretende seducir, invocándonos en sus discursos, pero mañana mismo puede comenzar a actuar en nuestra contra (y con *We the People*, otra vez, carente de instrumentos para controlarlo, o incapacitado para recuperar el poder delegado).

Ni Presidencialismo ni Parlamentarismo. Las notas anteriores pueden ayudarnos a dejar en claro por qué un “derecho de izquierda” debe repudiar y resistir, antes que abrazar, la concentración del poder. Este sesgo anti-presidencialista y anti-caudillista, que estuvo muy presente en la doctrina y en la política a comienzos del siglo xix, tuvo un revivir muy importante en los años 80 -pienso, en particular, en América Latina, un área pródiga en presidencialismos fuertes. Ello fue así, en buena medida, cuando la región miró hacia atrás y trató de buscar una respuesta a un siglo marcado por los golpes de estado: la rigidez del sistema híper-presidencialista, la falta de “válvulas de escape” propia de los mandatos prolongados (sin un Primer Ministro removible, por ejemplo); la dinámica de “suma cero” promovida por el sistema, llevaron a colocar al presidencialismo fuerte en el centro de las críticas.³¹ Apareció entonces (y hasta hoy) en la doctrina, la idea de que esa crítica anti-

³¹ Carlos Nino habló de híper-presidencialismo para distinguir a esta modalidad del presidencialismo de la que era propia, típicamente, de los Estados Unidos. El híper-presidencialismo, según Nino, exacerbaba *Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

presidencial implicaba una defensa de (lo que aparecía como) la única alternativa institucional posible, frente al mismo: el Parlamentarismo (Linz & Stepan 1978; Nino 1987). Esa afirmación, que quedó instalada en buena parte de la reflexión académico-política sobre el tema, no sólo era obviamente falsa, ya que hay “muchísima vida” institucional posible, entre ambas alternativas; sino porque además desconocía algunos problemas fundamentales, en juego. Entre tantas otras: cuando, por las razones que sea (desigualdad, alienación, burocratización, “ley de hierro” de las oligarquías; etc.) la clase dirigente aparece independizada de la ciudadanía a la que representa, luego, el problema de que todos los asuntos públicos queden en manos de una sola persona, o de una pequeña elite, es bastante parecido (si no es que la decisión de unos cuantos, sujetos al lobby permanente de los sectores económicamente más poderosos, no dificulta y enturbia todavía más lo que sigue siendo una decisión -en nuestros términos- muy poco democrática, de una ínfima minoría).

c) El fin de la representación política

Una irremediable crisis de representación. Problemas como los recién señalados, ratifican la existencia de una dificultad mayor, que la literatura expresa a veces con la idea de “crisis de representación.” En este sentido, la dificultad en cuestión es todavía más preocupante de lo que la idea de “crisis” (coyuntural, superable, momentánea) sugiere: nos encontramos con un problema de carácter estructural. Digámoslo así: “el sueño de la representación (y, sobre todo, el de la “representación plena”) se terminó”, y no es posible “volver atrás” para recuperarlo. El constitucionalismo, desde su nacimiento, buscó que la Constitución reflejara el orden social, y expresara institucionalmente a todas las diferentes “secciones” de la sociedad, que se asumían como internamente homogéneas: ricos y pobres; comerciantes y campesinos. Si la Constitución les daba cabida a todos los sectores, y los involucraba en el proceso de toma de decisiones, luego, toda la sociedad quedaba representada, a través del orden constitucional. Lamentablemente, según diré, en el marco de sociedades multiculturales como las nuestras, ese sueño (si es que alguna vez fue posible) ya resulta imposible de sostener.³²

Piénsese en lo siguiente: desde la antigüedad clásica (con Aristóteles y Polibio), pasando por la República Romana en sus distintas facetas, hasta llegar a Inglaterra y las propuestas de la “constitución mixta”, el constitucionalismo siempre estuvo en diálogo directo con el orden social prevaleciente (o, más bien, en diálogo con la imagen predominante, en las elites, sobre el orden social). En su momento, se pretendió que la constitución hiciera lugar a los distintos “órdenes sociales” existentes (digamos, a lo que se consideraba como la parte “democrática”, “oligárquica” y “aristocrática” de la sociedad). Más luego, en los Estados Unidos, se hizo lo propio, aunque sin apelar al lenguaje de la “constitución mixta inglesa”, que generaba rechazo. Como dijera el gran historiador Maurice Vile, el modelo

ciertos rasgos decisionistas del modelo norteamericano, por caso, en las facultades para declarar el estado de sitio; promover la “intervención federal” en las provincias; nombrar y remover discrecionalmente a los Ministros; etc. (ver, por ejemplo, Nino 1997).

³² Una posición diferente en Urbinati (2008).

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

norteamericano de los checks and balances expresó, de un modo muy cercano a la “constitución mixta”, aquella misma pretensión de integrar, a través de un texto común, a los distintos órdenes sociales (Vile 1967). La idea que alumbró la Convención Federal americana, y que se extendió desde allí a toda América Latina, fue que “minorías” y “mayorías” (“deudores y acreedores”; grandes y pequeños propietarios, como describiera Madison en “El Federalista” 10) tuvieran su lugar en el nuevo ordenamiento institucional (brutalmente: la “minoría” en el Senado o el Poder Judicial; la “mayoría” en la Cámara Baja).

Cualquiera fuera la forma constitucional particular adoptada, propia de cada momento, lo cierto es que, en todos los casos, la organización institucional respondía a presupuestos igualmente cuestionables: la sociedad se encuentra dividida en pocos grupos, de composición homogénea e intereses comunes, formados por miembros que actúan auto-interesadamente. Bajo ese esquema, con incorporar a algunos grupos de cada sector al sistema constitucional, se satisfacía el ideal de la “representación plena”. Parece claro, sin embargo, que ese tipo de supuestos (si adecuados en algún momento) ya no son adecuados para pensar la actualidad. Vivimos en sociedades multiculturales, compuestas por infinidad de grupos diferentes, de composición heterogénea, y formados por personas que actúan a partir de motivaciones diversas (no sólo el autointerés). No es dable, por tanto (como se siguió pensando, hasta bien entrado el siglo xx) que unos pocos obreros en el Parlamento (digamos, miembros del Laborismo o algún Partido de los Trabajadores), permitían dar representación completa a la clase obrera, y así a una mitad o un tercio de la población; o que unos pocos miembros del Partido Conservador expresaba y cuidaba bien los intereses de la minoría más poderosa. Nuestras sociedades han “estallado” en diferencias: se trata de sociedades plurales, multiculturales, donde la identidad de cada uno, a la vez, es multifacética (ningún “obrero” merece ser descripto con una sola dimensión: ese obrero puede ser, a la vez, anarquista, feminista, anti-abortista, partidario del uso de armas, etc.). En esas condiciones, el sueño de contar con instituciones representativas capaces de representar a toda la sociedad, se terminó. De allí que la “crisis de representación” no merezca ser vista como coyuntural, sino vinculada con un problema estructural: hoy existe mucha más vida política por fuera del Parlamento, que dentro de él. Existe una estructural e irremediable incapacidad de nuestras instituciones para asegurar la representación de toda la sociedad. La forma cotidiana de la expresión de la ciudadanía, por tanto, no puede seguir dependiendo de esa estructura, incapaz de satisfacer cualquiera de sus ambiciones más básicas.

“Frenos y contrapesos”: *Canalizar la guerra, desalentando el diálogo*. Todo lo examinado hasta aquí nos ayuda a entender por qué el sistema de “frenos y contrapesos” o *checks and balances* -el mecanismo que se constituyó el “corazón” del constitucionalismo moderno- representa en la actualidad un sistema obsoleto; basado en una lógica abiertamente anti-democrática; y enemigo del diálogo colectivo. Trato de fundamentar, a continuación, lo que recién he afirmado. I) Ante todo, se trata de un sistema *socialmente obsoleto*, porque fue pensado en base a una “sociología política” (al menos a la luz de la sociología actual) errada, gravemente fallida. En efecto, el *Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

“mecanismo” responde a la misma lógica que la “constitución mixta” ya referida: asegurar un lugar institucional (equivalente) a cada una de las distintas “secciones” de la sociedad. Si -como pensaban los “federalistas” norteamericanos, la sociedad se divide en unos pocos grupos o “facciones” (pongamos, para simplificar, “acreedores” y “deudores”) dispuestas a arrasar, cada uno, con los derechos del otro, pero le aseguramos a cada uno de esos grupos un lugar institucional equivalente, luego, evitamos la guerra civil, e impedimos la opresión mutua. En términos de Alexander Hamilton: “Si le damos todo el poder a la mayoría, la mayoría oprimirá a la minoría; y si le damos todo el poder a la minoría, la minoría oprimirá a la mayoría. Por lo tanto, lo que debemos hacer es darle poder a ambos, y así cada grupo puede defenderse frente a los demás (Farrand 1937, vol. 1, 431). Ahora bien, cuando reconocemos que la sociedad se compone, en verdad, de miles de grupos internamente heterogéneos, luego, aquello que podía tener de atractivo el sistema de “frenos y contrapesos”, se desvanece: resulta simplemente imposible, bajo la vieja lógica, pero en las “nuevas” condiciones sociales existentes, evitar aquello que antes, al menos, podía aspirar a impedir. II) En segundo lugar, el sistema de “frenos y contrapesos” revela hoy, también, estar basado en una lógica anti-democrática. Ello así porque, de manera explícita, y desde un comienzo, la tradición de la “constitución mixta” buscó evitar la “mutua opresión” a un precio políticamente exorbitante: renunciar a los requerimientos más elementales de la regla mayoritaria, para dotar de un “poder equivalente” a minorías y mayorías. Sólo así (sostenía Hamilton, por ejemplo) podía esperarse, razonablemente, que ningún grupo oprimiera al opositor: el precio implicaba sacrificar a (la base más elemental) de la democracia (asumiendo a la vez que no existía ninguna forma institucional alternativa, capaz de resguardar sensatamente los derechos de las minorías). III) El tercer problema grave del sistema de “frenos y contrapesos” - mirado desde la concepción de la democracia con que lo miramos aquí- es que el sistema no contribuye a promover, si no es que directamente impide, o al menos *desalienta el diálogo colectivo*. En efecto, en su mejor expresión -funcionando del mejor modo posible- el sistema quedó preparado para “evitar la guerra (civil)”, canalizándola institucionalmente. Sin embargo, dicho (noble) objetivo también nos dice que aún en su expresión más acabada, el sistema no contribuye a promover la deliberación pública. Todos los incentivos institucionales que ofrece se dirigen en la dirección contraria: (como dijera Madison en “El Federalista” 51) dotar de herramientas defensivas a cada una de las ramas de poder, para permitirles que resistan los “seguros ataques” de las demás. En otros términos: el sistema de “frenos y contrapesos” puede ayudarnos a “evitar la guerra”, pero no nos ayuda a promover el diálogo.

d) Epistocracia judicial, discrecionalidad interpretativa, y “última palabra”

Justicia como epistocracia. Una de las piezas fundamentales del sistema constitucional predominante es, sin duda, y desde sus mismos orígenes, la rama judicial. Sin embargo, notablemente, dicha rama de gobierno nació afectada por un problema que ayuda a explicar por qué se habla, desde hace décadas, de un Poder Judicial “contra-mayoritario” (Bickel 1962). El problema en cuestión tiene que ver con el “elitismo judicial” -una noción que no debe entenderse como insulto o como mera retórica: el mismo nos refiere *Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

a una posición filosófica (una posición a la que Nino caracterizaba como “elitismo epistémico”, Nino 1991). La idea es que la reflexión sobre la justicia orbita, desde un comienzo, entre dos cosmovisiones opuestas: por un lado, aquella concepción que sostiene que la imparcialidad -la “Justicia” con mayúsculas- se relaciona con procesos de reflexión individual (una reflexión hecha por individuos aislados del resto, y técnicamente bien preparados); y por otro lado, aquella concepción que sostiene que la imparcialidad se relaciona con procesos de reflexión colectiva (según la cual, la deliberación inclusiva maximiza las chances de decidir imparcialmente).

Fue la primera visión, de raíz abiertamente elitista, la que terminó imponiéndose dentro del constitucionalismo moderno. Es la que se advierte en el subrayado que hace James Madison, en “El Federalista” 49, cuando habla de la justicia y aclara -busca conformar a los críticos del sistema- que los miembros del Poder Judicial se encontrarían “demasiado alejados” (*too far removed*) de la ciudadanía, como participar de sus simpatías. Por ello se entendió la idea de *independencia*, sobre todo, como distanciamiento de/separación de/independencia de la ciudadanía. Y por eso se tendió a rodear a los jueces de los rasgos que aún hoy, en jurisdicciones muy diversas, los siguen caracterizando: jueces que, muchas veces, son elegidos a través de elecciones indirectas (a veces muy indirectas, es decir, a través de un acuerdo entre el Poder Ejecutivo y el Senado, dos ramas que, a su vez, son elegidas de modo indirecto); se les da amplia estabilidad (sino estabilidad de por vida); se les exige -como condición para poder ser elegidos magistrados- una formación técnica especial; etc.

Por lo dicho, cuando -desde una perspectiva propia del “derecho de izquierda”- se objeta al modelo judicial predominante, no se está queriendo decir que la justicia no debe ser independiente, sino que la visión dominante sobre la materia no es apropiada; y cuando se señalan las graves tensiones que existen entre Poder Judicial y democracia no se está queriendo decir que “justicia” es lo que determina la mayoría o el líder de turno, sino algo por completo diferente: que la imparcialidad no debe vincularse con la reflexión aislada de una aristocracia o epistocracia. Asimismo, cuando se critica al elitismo judicial no se quiere decir que la opción es (alguna versión de) el “populismo judicial” (“que se haga lo que quiera el pueblo”), sino que se debe volver a vincularse a la justicia con procesos de conversación colectiva (como los que, de un modo bastante maniatado, restrictivo y episódico, pretenden llevar adelante jurados ciudadanos, como los que defendía Tocqueville, Tocqueville 2002).

En una sociedad compuesta por millones de personas, no es posible que todos estemos juntos, reunidos en la plaza principal, todo el tiempo, para decidir sobre todos nuestros asuntos, o para resolver todos nuestros conflictos. Es dable pensar que, en las condiciones sociales actuales, existan funcionarios públicos que se ocupen de lidiar con esas disputas inter-personales. Lo que resulta inaceptable, en cambio, es concebir -como en nuestro sistema se concibe y se busca asegurar- que esos funcionarios pretendan resolver todos nuestros conflictos por nosotros, no por una cuestión de “división social del trabajo”, sino porque ellos están dotados de capacidades de las que el resto de la ciudadanía carece. Así,

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

sin embargo, es como se encuentran moldeadas nuestras instituciones judiciales: buscando que sea la elite más formada lo que resuelva las disputas que la ciudadanía no podría resolver sino apasionada o irracionalmente. En un “derecho de izquierda,” la primacía y continuidad de este principio elitista resulta inaceptable.

Discrecionalidad interpretativa. El hecho de que la tarea judicial quede en manos de un grupo de personas que -conforme se asume- tienen los conocimientos técnicos y morales necesarios para definir con imparcialidad cuál es el significado de la Constitución, enfrenta problemas varios. Primero, ningún grupo tiene un acceso privilegiado a esos conocimientos. Segundo, desacordamos profunda y razonablemente acerca del significado de la Constitución (Waldron 1999). Tercero, el monopolio interpretativo que suele asignarse a los jueces genera el peligro de que ellos terminen definiendo el significado de la Constitución, para todos, pero conforme a sus propios y discrecionales criterios -con todos los riesgos que ello implica (i.e., que algunos de ellos comiencen a utilizar ese enorme poder para “negociar” de modo partisano sus sentencias). El cuarto punto -aquí el principal- nos confirma que, desafortunadamente, y después de más de 200 años de reflexión en la materia, carecemos casi por completo de certezas en materia de interpretación constitucional: ni contamos con una única “fórmula interpretativa” que todos aceptamos; ni contamos con acuerdos interpretativos fundamentales, que nos permitan resolver nuestros principales disensos en la materia, cuando ellos emergen.

En efecto, los intérpretes jurídicos encuentran hoy, frente a sí, decenas de “teorías interpretativas” disponibles: algunas -llamémosle *originalistas*- sugieren resolver los problemas interpretativos recurriendo, de algún modo, al pasado (qué dijeron quienes escribieron tal texto; qué se pensaba al respecto, en la época; cómo se definía el término en cuestión, en el momento en que se incorporó al derecho; etc.); otras -llamémosle del *constitucionalismo viviente*- proponen resolver los desacuerdos interpretativos mirando al presente (cómo se entiende hoy al derecho en cuestión; qué piensan hoy los legisladores, al respecto; etc.); otras -llamémosle *teleológicas*- prefieren definir los desacuerdos interpretativos pensando -ni en el presente ni en el pasado- sino, por ejemplo, en los ideales y objetivos de la Constitución (cuáles son los fines de la Constitución; qué ideales define el Preámbulo; etc.). Y así, decenas de teorías alternativas. Lo notable es que los intérpretes i) pueden escoger con total discrecionalidad cuál va a ser la teoría interpretativa con la que busquen resolver un problema interpretativo; y ii) enfrentándose al hecho de que -previsiblemente- distintas teorías prometen resolver de modos muy diferentes -sino, a veces, directamente antagónicos- las disputas en juego. Para ilustrar lo dicho con algún ejemplo real: si la idea constitucional de “privacidad” es leída conforme al modo en que se la pensaba hace 200 años, vamos a tender a pensar que la misma no incluye (y así, que la Constitución no protege) al consumo personal de estupefacientes, o a los derechos de los homosexuales (con la consecuencia posible de que, por tales razones, algunas personas sean procesadas o pierdan su libertad); pero, en cambio, sí vamos a considerar a tales derechos protegidos, si leemos a la idea de “privacidad” a la luz de los

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

modos en que hoy (en el marco de sociedades algo más tolerantes en la materia) tendemos a pensar a dicho concepto.³³

En definitiva, algo de todo lo dicho está claro: la situación del caso nos habla a las claras de la *crisis del estado de derecho*. Ello así, cuando consideramos que la primera y principal promesa del mismo era que no quedemos sujetos a la voluntad discrecional de nadie. Hoy, lo que nos encontramos, al final del día, es que la suerte que vamos a correr, frente a un juez o un determinado tribunal, va a depender -decisivamente, y aunque nos digan lo contrario- no de la “letra de la ley” (común para todos), sino del modo en que el particular juez o tribunal que nos toque en suerte decida interpretar esa ley. Resultamos, finalmente, por completo dependientes de la voluntad de quien decida nuestro caso, y no de la letra del derecho que supuestamente rige en nuestra comunidad.

Indeterminación del derecho y teorías críticas. Problemas como los señalados acompañan al derecho desde su nacimiento (y han resultado particularmente evidentes en las comunidades que más han trabajado sobre la teoría de la interpretación constitucional). Y ellos han generado las objeciones que viene recibiendo el derecho en razón a su “radical indeterminación”. Algunas de las *teorías críticas del derecho* más conocidas e influyentes de nuestra era, anclan sus embates contra el derecho, precisamente, en el problema de la discrecionalidad de la interpretación constitucional.³⁴

En lo personal, entiendo que el derecho tiene peso propio (a diferencia de lo que asume parte de la ciencia política contemporánea, que parece pensar al derecho como si no existieran exigencias puramente jurídicas; como si no hubiera nada “propriadamente jurídico” y el derecho fuera pura voluntad política); y entiendo también que el derecho es mucho más que política (partidaria); y que hay teorías interpretativas mucho más razonables que otras (mucho más que las teorías interpretativas dominantes). Sin embargo, coincido con la línea de críticas anteriores -y considero que así debe hacerlo

³³ La situación es, en verdad, mucho más grave que la recién sugerida. Aquí me limito a señalar apenas algunos de los problemas adicionales que los hechos referidos nos presentan. Por un lado, el panorama se torna más serio cuando vemos que, de un caso a otro, los jueces pueden “saltar” de una teoría interpretativa a la contraria, sin explicarnos por qué lo hacen (con lo cual, el ciudadano tiene todavía más dificultades para “saber a qué atenerse”, y reconocer si está obedeciendo o desobedeciendo al derecho, con sus actos). O peor: distintos jueces, en un mismo tribunal colegiado, pueden inclinarse por distintas teorías interpretativas, para definir su propia postura en el fallo. O peor aún: el mismo juez, en el mismo fallo, puede utilizar distintas teorías interpretativas, para fundar diferentes partes de su opinión. Las cosas ya resultan incontrolablemente peores, cuando reconocemos que el problema en juego no deriva del “mero hecho” de optar por una teoría o la contraria: cada una de las dos teorías interpretativas citadas (o cualquier otra alternativa) puede ser leída (interpretada) a su vez, de modos muy distintos.

³⁴ Así, el *realismo jurídico* (particularmente, el realismo jurídico *escandinavo*) que primó en los años 30, se propuso dejar en evidencia los inaceptables riesgos generados por la indeterminación del derecho (recordemos al juez Holmes diciendo que, para predecir lo que diría el juez, en su sentencia, era más importante que conocer el derecho, saber de qué humor se había levantado esa mañana Nino 2017, Olivecrona 2021). Así también, los *Critical Legal Studies*, particularmente influyentes en los años 80, revivieron al viejo realismo jurídico para afirmar -acusatoriamente- que *el derecho es política* -pura política, y no otra cosa (Kennedy 1976; Tushnet 1988; Unger 1983).

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

también un “derecho de izquierda”- en algunos aspectos fundamentales: los desacuerdos inerradicables que tenemos en torno al derecho (el “hecho del desacuerdo” del que habla Jeremy Waldron como distintivo de nuestras sociedades) hacen un llamado para que, en el marco de una sociedad democrática, plural, multicultural, nuestros principales conflictos públicos sean resueltos a través de procesos de reflexión colectiva. Esto es decir: tales problemas no pueden tratarse bajo el supuesto de que hay soluciones correctas que sólo merecen ser reveladas; o asumiendo que contamos con teorías interpretativas indisputables (o acuerdos interpretativos extendidos); o afirmando que un grupo, de entre nosotros (nuestros “guardianes platónicos”) poseen las capacidades epistémicas de las que carecemos, y que les permiten resolver esos desacuerdos interpretativos que todos tenemos, en relación con la Constitución.

Control de las reglas de juego democráticas. Sobre lo dicho recién, y en particular en relación con el controvertido poder de los jueces de controlar la constitucionalidad del derecho vigente, un “derecho de izquierda” podría defender una aproximación “procedimentalista”. Conforme a esta aproximación, los magistrados deberían concentrar su tarea, no como hoy, en la supervisión (a la luz de la Constitución) de todos los contenidos “*sustantivos*” del derecho (“encajan o no los mismos con lo que establece la Constitución?”), sino en la custodia de los “*procedimientos*” o “reglas de juego”: me refiero a las “reglas de juego” (constitucionales) del “partido democrático” que debe protagonizar la comunidad (Ely 1980; Gargarella 2020). En otros términos, dados los inevitables desacuerdos interpretativos que nos separan, debe quedar en manos nuestras -debe quedar en nosotros, los ciudadanos- la discusión sobre los modos en que entendemos nuestros compromisos constitucionales fundamentales -cómo *interpretamos el contenido sustantivo* del derecho. Los jueces, en todo caso -y como los árbitros en un partido de fútbol- son los que se ocupan en cambio de resguardar las *reglas del procedimiento democrático*: ellos nos “dejan jugar”, asegurando de este modo que los resultados de nuestras disputas dependan de nuestra voluntad (de lo que hagamos en el campo de juego), y que el juego pueda desarrollarse de un modo cada vez más expansivo y justificado (con menos voces excluidas; con menos chances de que el poder establecido sólo tome decisiones para autopreservarse; etc). Todo ello, contra la idea dominante, que deja en manos de la “epistocracia” judicial la interpretación última de esos desacuerdos sustantivos; y en contra también de una idea extendida dentro de la doctrina jurídica, conforme a la cual los asuntos de derechos fundamentales deben ser entendidos como ajenos al debate democrático (Ferrajoli 2013). Lo dicho, por lo demás, *no niega* que (como en el fútbol) tengamos desacuerdos, también, sobre cómo interpretar las reglas del juego (ni que tengamos, como en el fútbol y con el VAR, métodos disponibles para reducir esos márgenes de discrecionalidad en la aplicación de las reglas); *ni tampoco asume* que los límites entre *reglas de procedimiento* y *sustancia del derecho* sean simples de determinar (aunque debe quedar claro que las decisiones finales sobre el trazado de esos límites deben quedar en manos de procesos de discusión pública). Asimismo, lo dicho depende, al menos, de la “contención” de un problema que hoy todavía tenemos muy “abierto”, y que parece difícil de reparar: me refiero al problema (usualmente

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

desatendido por la doctrina) de la “*motivación judicial*” o, más precisamente: cómo asegurar, o al menos inducir fuertemente, a que los jueces adopten la concepción que preferimos (digamos aquí, procedimentalista) del control de la constitución, y que lo hagan además con la orientación que preferimos (i.e., una visión más inclusiva y deliberativa; etc.)?

e) Derechos sin poder y derechos de las minorías. La “sala de máquinas” de la Constitución

Democracia y derechos Como hemos visto, los derechos constitucionales no son el resultado de concesiones divinas ni entes “descubiertos” a través de la reflexión de los grandes teóricos, sino el producto de conflictos sociales, que nos permiten identificar intereses fundamentales, que decidimos proteger de manera especial. En tal sentido, puede decirse, son un producto de acuerdos democráticos, que -como tales- pueden ser repensados y revisados. Frente a ellos, la doctrina (mucho menos la doctrina de izquierda) no puede seguir diciendo (como ocurre todavía hoy, y como ha podido decir, recientemente, la Corte Interamericana, con la aprobación de tantos) que tales derechos fundamentales refieren a cuestiones demasiado importantes y -por tanto, y por ello- por completo ajenas a la democracia. Es decir, todavía hoy, la doctrina prevaleciente considera que la democracia no tiene por qué “mezclar sus sucias manos” con las cuestiones relacionadas con los derechos, que deben quedar -en cambio- bajo la custodia estricta de jueces profesionales o expertos, ajenos a la designación y control democráticos.

Desde aquí me interesa afirmar justamente lo contrario: por tratarse de temas que nos importan tanto; por referirse a los problemas públicamente más relevantes, es que tenemos razones para (tenemos el derecho de) seguir reflexionando y tomando decisiones sobre ellos, colectivamente. Hacerlo, como lo hemos hecho ya tantas veces, en tantos lados -por ejemplo, en materia de aborto o matrimonio igualitario -pienso en casos que van desde Irlanda, a través de mecanismos más formalizados (como el de las asambleas ciudadanas); a la Argentina, a través de medios semi-formalizados (i.e., con el recurso a audiencias públicas promovidas por el Congreso). Esto no implica afirmar la zoncera de que la ciudadanía debe estar permanentemente reunida, en la “plaza central de la República” para deliberar todo el tiempo sobre todos sus asuntos, sino subrayar que a ella le corresponde, sí, asumir el pleno control y decisión en relación con los principales desacuerdos interpretativos que se plantean en el seno de la comunidad (como en los ejemplos señalados, sobre el aborto, el matrimonio igualitario, o el sistema electoral, pueden abrirse e institucionalizarse procesos de discusión y decisión públicas sobre los temas que más nos acucien en un momento dado). Lo dicho tampoco implica afirmar la zoncera contraria, esto es, que los derechos fundamentales deben quedar sujetos a la libre discrecionalidad de mayorías circunstanciales (quedar “*up for grabs*”, como diría Waldron). Ello, por varias razones, que por ahora sólo resumo y sugiero: por un lado, los procesos democráticos de los que hablo implican procedimientos de deliberación inclusivos, cuidadosos y formalizados (antes que recursos ciegos a atolondrados

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

plebiscitos); y por otro lado porque, como veremos, seguimos necesitando un resguardo especial (conforme veremos) a cada uno de los jugadores y grupos del “juego democrático” (es decir, reglas que aseguren que la democracia siga quedando a cargo, a lo largo del tiempo, de todos y cada uno de los miembros de la comunidad).

Derechos sin poder: La “sala de máquinas” de la Constitución. Para adentrarnos en la cuestión fundamental sobre este punto, comenzaría por aclarar lo siguiente: ante todo, las Constituciones suelen tener dos partes -Declaración de Derechos; Organización del Poder- y resulta por tanto un error fijar la atención en la primera, sin atender a la segunda de forma consistente y paralela. Para decirlo de otro modo, más preciso: resulta un error (un error que venimos repitiendo desde hace más de un siglo), seguir expandiendo la lista de derechos (i.e., agregando más y más derechos en cada reforma constitucional), sin modificar de manera acorde la organización del poder; es decir, sin reajustar al mismo tiempo la otra parte de la Constitución, esto es, la organización del poder que resulta, finalmente, aquella que queda a cargo de “activar” o “dar vida” a los derechos constitucionales. En otros términos, y tal como lo he puesto de modo habitual: no tiene sentido agregar, precisar, expandir o reforzar los derechos constitucionales, si al mismo tiempo no se entra en (y modifica de manera acorde) la “sala de máquinas” de la Constitución.

Así, y por ejemplo, si por un lado modificamos esa lista de derechos, con el propósito declarado de democratizar a la sociedad, o tomar debida nota de las exigencias sociales o medioambientales que impone el tiempo, luego, no podemos preservar básicamente intocada una organización del poder, conforme ella fuera pensada hace más de dos siglos. Previsiblemente, aquella vieja organización del poder, moldeada en el “momento elitista” del constitucionalismo (y así, hostil a la participación democrática; que reserva las decisiones más importantes a una minoría de jueces; que genera un sistema representativo basado en la “separación”, más que en el vínculo entre ciudadanos y representantes; etc.), va a dificultar más que favorecer la “activación” de esos renovados derechos constitucionales (como ocurriera, por ejemplo, cuando se incorporaron “derechos sociales” que terminaron siendo declarados como “derechos no operativos,” por parte de los jueces que -se suponía- debían ayudar a ponerlos en marcha).

Derechos de las minorías y “sala de máquinas”: *Hasta acceder al poder, y tomar control de los propios asuntos.* Lo dicho hasta aquí nos ayuda a dejar en claro por qué (luego de más de 100 años de cambios constitucionales concentrados, fundamentalmente, en la Declaración de Derechos), necesitamos cambiar también -sino especialmente- la “sala de máquinas” de la Constitución. Ello así, dejando atrás, definitivamente, un modo de organización del poder que estuvo basado en supuestos de “desconfianza democrática,” que no se ha modificado de modo sustantivo desde su origen, y que tiende a preservar, así, el poder político en manos de unos pocos. En otros términos: la Constitución no se renueva si le damos a la lista de derechos un perfil social-democrático que negamos desde el costado de la organización del poder. Esas peculiares “Constituciones con dos almas”, cuya estructura básica preservamos hace más de dos siglos, tienden a mantener intocado

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

el estado de cosas reinante, por más que declamemos lo contrario a través de listas de derechos cada vez más extensas. Hasta que la Organización del Poder no reproduzca, entonces, el carácter democrático y social que le hemos impreso a la Declaración de Derechos no será esperable que la vida constitucional se transforme. De ese modo, y por el contrario, la generosa lista de derechos seguirá careciendo del motor político y social que necesita para ser activada.

Las reflexiones anteriores son pertinentes para la discusión de cualquiera de los derechos constitucionales, pero -agregaría- ella resulta particularmente iluminadora cuando hablamos de los derechos de las minorías más desaventajadas, o vulnerables. Pienso, en particular, y como primeros ejemplos, en “grupos minoritarios” (en el sentido de grupos vulnerables) como las mujeres; las minorías sexuales y raciales; los grupos indígenas. Notablemente, tales minorías han venido luchando, muchas veces heroicamente, y desde hace décadas o siglos, por su auto-preservación, o por la conquista de derechos que consideran que les corresponden. Y estas luchas se han expresado jurídicamente, de manera más que habitual, en reclamos sobre derechos: incorporar nuevos derechos a la Constitución (i.e., derechos sexuales y reproductivos; derechos indígenas); interpretarlos de otro modo; litigarlos de otra forma o por otros medios; etc. La discusión anterior, sin embargo -así lo espero- nos alerta y propone dirigir nuestra atención hacia un lugar muy diferente a aquel en donde hoy se concentra: ella nos invita a focalizarnos en la organización del poder -o, más precisamente, en el acceso de tales grupos minoritarios a la “sala de máquinas” de la Constitución, de forma tal de pasar -finalmente- a tomar directo control sobre sus propios asuntos (i.e., cómo se deciden, cómo se gestionan, cómo se resuelven).

En tal sentido: está muy bien si los grupos aborígenes consiguen consagrar constitucionalmente sus derechos ancestrales, o su derecho a vivir conforme a sus propias pautas culturales. Pero mucho más importante es consagrar -en línea con lo que se empezó a conseguir a través del Convenio 169 de la OIT- su derecho a ser consultados obligatoriamente, cada vez que se van a tomar decisiones que los afecten en sus derechos básicos (i.e., cuando pretende instalarse una empresa minera contaminante, en las tierras que han habitado tradicionalmente). Del mismo modo: está muy bien si las mujeres consiguen que la Constitución incorpore a su texto -pongamos- la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Sin embargo, resulta mucho más importante si se obtienen sistemas de “cuotas” o de representación paritaria obligatoria, que le permitan romper las reglas formales e informales que, durante décadas, la alejaron o excluyeron de la política, hasta convertirles en un grupo con estatus político, en los hechos, inferior. Asimismo, está muy bien si minorías étnicas como los inuitas o esquimales consiguen que la Constitución reconozca su derecho a comunicarse en su propia lengua. Sin embargo, otra vez, resulta mucho más relevante si -como en Noruega- ellos consiguen la creación de su propio Parlamento o -como en Canadá- ellos obtienen derechos de veto especiales, para cada oportunidad en que el Congreso pretenda decidir sobre asuntos en donde sus intereses pueden resultar directamente afectados. Necesitamos

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

empezar a concentrar nuestras energías cívicas -por fin, y de una vez- en el cambio de la Organización constitucional del Poder.

Sobre la distinción público-privado (libertades colectivas-libertades personales). Uno de los elementos más distintivos del peculiar “derecho de izquierda” que aquí defiendo, tiene que ver con la afirmación del doble compromiso jurídico con las “libertades personales” y con las “libertades colectivas.” Como hemos visto, en la historia del constitucionalismo, ambos cuerpos de libertades se han encontrado habitualmente en tensión. Agregaría que, en nuestro tiempo, la tensión que más habitualmente se reconoce tiene que ver con la amenaza impuesta por el poder del Estado sobre los derechos de minorías sexuales y los derechos reproductivos de las mujeres. Ello, de modo común, en nombre de una mayoría imprecisa, o una voluntad no deliberada de la comunidad. Es lo que hemos reconocido, de modo reciente, en las latitudes y formas más diversas: desde restricciones al aborto en los Estados Unidos (el caso *Dobbs*), en nombre de la voluntad de los estados; hasta los ataques (retóricos y no sólo retóricos) contra los homosexuales y otras minorías sexuales, en Hungría, Rusia o Polonia. Para quienes defendemos un “derecho de izquierda,” una primera pregunta que aparece tiene que ver con la posibilidad misma de distinguir (y así resguardar) a esas libertades personales, de las libertades colectivas: en nombre de qué impedirle avanzar al Estado, sobre aquellas áreas en relación con las cuales una (supuesta) mayoría pretende avanzar? (i.e., para restringir la libertad de los homosexuales de vivir su sexualidad del modo en que prefieran). Una primera respuesta podría considerar las siguientes cuestiones: i) las personas son y deben ser las dueñas de su propia vida, y deben poder -por tanto- llevar adelante sus planes de vida libremente, en la medida en que - como veremos- con sus acciones no dañen o afecten de modo grave a los demás; ii) como decía John Stuart Mill, por lo demás, nadie está mejor situado que uno mismo para determinar qué es lo que le importa, de qué modo, y qué está dispuesto a hacer al respecto, para satisfacer tales objetivos (i.e., qué está dispuesto a sacrificar, para lograr determinado fin); y iii) así como la democracia (una mayoría circunstancial, en este caso) tiene derecho a intervenir en la decisión de cuestiones públicas relevantes (i.e., la fijación de un plan económico; una política de seguridad; etc.), ya que ofrece el mejor método para resolver imparcialmente esos problemas colectivos (sopesando las diferentes opiniones que existen sobre la controversia), ella -por lo dicho en ii)- no tiene capacidad para conocer, mejor que cada individuo, como es que ese individuo quiere vivir, o qué es lo que quiere hacer con su vida.

El tipo de distinción que auspicia el “derecho de izquierda” enfrenta un primer inconveniente, entonces, al comprometerse con la protección de una “esfera de privacidad” que parte del feminismo ha repudiado habitualmente. Sin embargo, al respecto, habrá que decir que si parte del feminismo se ha pronunciado, con razón, en contra de la idea de “privacidad”, ello ha tenido que ver con una peculiar definición de “privacidad,” en donde el término es asimilado a un “espacio” que debe quedar libre de la supervisión estatal (Mackinnon 1988). Si ésa es la definición del concepto de lo “privado”, entonces resguardar el ámbito de lo privado implica avalar, en los hechos, la violencia intrafamiliar, o la violación marital. Contra dicha posibilidad, por tanto, el

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

“derecho de izquierda” vincula la idea de privacidad con los daños graves -actuales o potenciales- sobre terceros: una acción deja de ser privada, entonces, no si se produce “lejos de la vista de los demás”, sino si implica dañar de modo relevante a terceros (por ejemplo, la protección del consumo personal de estupefacientes no depende de que la acción se lleve a cabo fuera de la vista de los demás, sino del hecho de que no implica, necesariamente, un daño a terceros³⁵). Bajo esta idea, el “derecho de izquierda” propone el resguardo de la vida privada de las personas; reivindica el derecho de las minorías sexuales; y afirma el derecho de las mujeres a disponer de su propio cuerpo (aunque aquí no puedo saldar una discusión centenaria, relacionada con el derecho al aborto, sólo diré que la idea de “daño a terceros” aplicada a un ser vivo que todavía no siente dolor, o que no cuenta con un sistema nervioso desarrollado, no es aplicable: hablamos de “terceros” como “personas” y no como sinónimo de “seres vivos”).

Finalmente: es claro que la distinción entre las dos esferas -libertades personales, autogobierno- incluye muchos casos difíciles y zonas grises. Sin embargo, la idea es que esas situaciones “de penumbra” se vayan “clarificando” a partir de la “conversación entre iguales”: no hay otro proceso decisorio que cuente con mayor autoridad y legitimidad que éste; ni contamos ni contaremos -como esperaban o asumían algunos- con “guardianes platónicos” o jueces, con la autoridad y la legitimidad democrática para resolver los “casos difíciles” que enfrentamos.

f) Descentralización hacia adentro y hacia afuera: federalismo y globalización

Hemos defendido aquí, de diversas formas, el valor de descentralizar el poder: no sólo como modo de impedir riesgos altamente probables, derivados de la concentración de la autoridad, sino sobre todo como forma de democratizar la toma de decisiones. Y ello, en especial, a partir de una particular manera de entender la democracia y sus beneficios: en la medida en que cada uno es “el mejor juez de sus propios intereses” (dado que todos tenemos dificultades para “ponernos en los zapatos del otro”, y entender sus puntos de vista), luego, la decisión democrática -una decisión inclusiva, conversada, transparente- es una decisión que maximiza la posibilidad de decidir imparcialmente (Nino 1991, Landemore 2013).

Descentralización hacia adentro: federalismo. Conforme a lo dicho hasta aquí, para un “derecho de izquierda” que auspicia la radicalización de la democracia (la extensión de la democracia hacia los más diversos ámbitos de la vida pública), normalmente resulta preferible la opción de la descentralización de la toma de decisiones (descentralización en el ámbito nacional, provincial, local; descentralización de la toma de decisiones en el medio escolar, en el área de la salud, etc.). Digo “normalmente,” en lugar de “siempre” o “incondicionalmente,” porque la descentralización es preferible en la medida en que ella

³⁵ Y, en este sentido, cabría agregar, la acción no se convierte en “dañina” para terceros por el hecho de que alguien -un tercero- viéndome consumir un elemento dañino (i.e., estupefacientes, cigarrillos, etc.), imite mi comportamiento. Asumir ese daño (como alguna vez lo asumió la Corte Argentina, en *Montalvo*, implicaría dejar de considerar que la otra persona tiene voluntad y capacidad de decisión propia.

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

implique democratización del poder (algo que no suele ocurrir), del mismo modo en que la democratización es preferible, en la medida en que ella tenga que ver con la promoción de la discusión pública sobre asuntos públicos, y no con otras opciones ocasionalmente relacionadas con la democracia (democratización reducida a “más votos”; democratización sin discusión pública; democratización de la decisión sobre asuntos de moral privada, etc.).

Lo dicho nos sirve como introducción, primeramente, a una reflexión sobre *el federalismo* y sus modos -un caso que, como pocos otros, torna visible la cara y la contracara, las luces y al mismo tiempo las sombras, de la descentralización del poder. Al respecto, y dentro de los estrechos márgenes de este trabajo, me contentaré con subrayar dos cuestiones, que pueden resultar desafiantes en torno a ciertos sobre-entendidos o prácticas dominantes en la materia. En primer lugar, diría que el federalismo no puede ser sostenido dogmática o incondicionalmente. Más bien lo contrario: valoramos el federalismo, sí, pero todo depende de cuándo, de cuál, del cómo y del por qué. Quiero decir, el federalismo es una prioridad necesaria, en la medida en que el mismo sea un medio para democratizar el poder, y no para reforzar el poder de una oligarquía. Si al análisis anterior le agregamos una dimensión contextual/temporal, veremos que el riesgo sobre el que aquí se alerta no es hipotético, sino una amenaza real, asentada (particularmente en comunidades desiguales) sobre prácticas enquistadas y difíciles de remover. Es decir, se trata del atroz “punto de reposo” de nuestras discusiones sobre la materia: vivimos rodeados de pequeños estados o condados “locales,” que -alejados de toda supervisión (política o judicial) nacional o internacional- se convierten en feudos de abuso y dominación, al servicio de los intereses de unos pocos.

Por distintas razones, el autoritarismo político y la ausencia de mecanismos democráticos de control suele ser mayor al nivel local que al nivel nacional. Tales razones incluyen la “poca visibilidad nacional” de ciertas violaciones de derechos locales; las dinámicas propias de comunidades pequeñas, con inercias autoritarias más difíciles de quebrar; (en tal sentido,) la consolidación de “feudos” custodiados por un fuerte aparato de vigilancia, oficial y para-oficial; la “extorsión económica” que esos “grupos feudales” establecen sobre la población, en contextos en donde la principal fuente de trabajo es el empleo público (Gervasoni 2018); etc. Frente a tales condiciones los gobiernos nacionales -que se encuentran también, obviamente, afectados por situaciones de crisis democrática- aparecen más sujetos al escrutinio colectivo y, por ello mismo, suelen contar con mecanismos de control democrático más sólidos o mejor preservados, que habilitarían (con todas las prevenciones obvias a las que llama el caso) ciertas modalidades de intervencionismo democrático -decisiones esencialmente políticas, destinadas primordialmente (aunque no exclusivamente) a la restauración de las reglas básicas del juego democrático (*democracy-reinforcing decisions*).

El segundo punto que destacaría tiene que ver con el estancamiento y la inercia de nuestras reflexiones institucionales en torno al sistema político federal -finalmente, con nuestra carencia de imaginación institucional. En esta área, como en tantas otras (la más

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

notable, el diseño de un sistema representativo apropiado), seguimos dependiendo de un esquema de “respuestas institucionales” ofrecidas hace más de dos siglos, para problemas que eran propios de las viejas sociedades (mucho más que de las “nuevas”). En el caso del federalismo, seguimos reiterando “soluciones” institucionales de un tiempo pasado - como la institución del Senado: instituciones directamente vinculadas a un tiempo -a un momento histórico- en el que el problema federal era el “clivaje” social fundamental (un momento en donde las actuales Naciones se estaban recién constituyendo), frente a otros problemas que ni siquiera eran reconocidos como tales. En efecto, de las instituciones que nos lega el viejo modelo constitucional predominante, una de las más curiosas y anómalas es la del Senado. La idea del Senado como órgano de representación de las provincias o estados fue “inventada” como respuesta institucional posible, en donde la cuestión centro-interior aparecía como imperiosa, en un momento específico de la historia. La solución ya resultaba controvertida y, en cierto modo preocupante, en el momento mismo en que resultó adoptada. Ello así porque entonces (tanto o más que ahora) una proporción significativa de esos estados vivían bajo regímenes muy pobremente democráticos, y controlados por una oligarquía poderosa, conservadora y tradicional. Por lo tanto (y, tal como sugeríamos más arriba), asegurarle poderes especiales a los estados, sin atender en primer lugar el problema de su “déficit democrático”, implicaba enquistar, dentro de las nuevas democracias constitucionales, núcleos duros de dominación oligárquica. Con varios aspectos adicionales, que tornan más preocupante la cuestión de mantener una organización constitucional semejante en condiciones como las presentes. Menciono sólo unos pocos de ellos. Primero: cuál es el sentido de considerar que una provincia o estado tiene “un interés” compartido por todos sus miembros? Tiene, la provincia de La Rioja o el estado de Texas un interés común, sobre una mayoría de asuntos (que nos permitan sostener, por ejemplo, “Texas está en contra del aborto”)? Segundo: cuál es el sentido de que cualquier provincia o estado -Córdoba, Dakota- “opine” y haga valer su opinión común, cuando hablamos -no de problemas esencialmente federales, como la coparticipación o distribución de los recursos comunes, sino- de decisiones nacionales en materia de derechos constitucionales (i.e., cómo proteger los derechos de salud reproductiva? Con qué principios organizar el sistema de salud?). Tercero: Qué pasa o qué debería pasar, en la actualidad, cuando reconocemos que hay otros “clivajes” -como en su momento, en algún contexto particular, pudo ser el del federalismo- que “marca la vida pública de nuestro tiempo? (digamos, “la cuestión indígena” o “racial”, desatendida durante siglos; los problemas de género?).

Descentralización hacia afuera: Justicia global. Llegados a este punto, podemos apelar a criterios similares a los recién expuestos (cuando hicimos referencia al tema del federalismo), para el tratamiento de la cuestión del derecho internacional y la *justicia global*. Otra vez: la idea es que la descentralización de las decisiones al nivel nacional es una opción preferible a la concentración de ese poder decisorio en un órgano centralizado, en este caso, a nivel internacional. Y ello, no como dogma, sino por entender que se trata de un medio adecuado para favorecer la democratización de la toma de decisiones (dado que la decisión, en principio, puede considerarse como más democrática en la medida en

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

que sea tomada más directa o protagónicamente por aquellos que van a verse afectados por ella). Sin embargo, esta afirmación ahora resulta reforzada por un *plus* crucial: lo que en el examinado caso del federalismo representaba un dato decisivo para prestar especial atención al “gobierno nacional” -la mayor fortaleza de sus instituciones democráticas vis a vis las presentes a nivel local- juega ahora de modo invertido. Ocurre que, todavía, estamos muy lejos de contar con organizaciones internacionales de tipo democrático -un “gobierno democrático global” (Besson & Tasioulas 2008). Más bien lo contrario: a nivel internacional, la regla es que nos encontremos con entidades políticas burocratizadas, anquilosadas, elefantiásicas, ineficientes: instituciones marcadas, sobre todo, por su “déficit democrático”.

Igual o peor al nivel judicial. Para quienes consideramos que la imparcialidad y la justicia (entendida como “dar a cada uno lo suyo” o, “balancear equitativamente los puntos de vista de todos”) tienen que ver con procesos de reflexión colectiva, y de ningún modo, por tanto, con lo que resulte de la reflexión individual y/o aislada de una elite de técnicos, todas las ideas de justicia global que hoy se proponen resultan, más que promisorias, una fuente de temor y desencanto. A partir de los modos (elitistas) en que sus miembros son escogidos; la muy limitada forma en que ellos son controlados y hechos responsables por sus acciones; y la virtual imposibilidad, para la ciudadanía, de establecer algún tipo de diálogo o comunicación con ellos, resulta absurda la idea de que la Corte Europea de Derechos Humanos, o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de algún modo, “hablan por mí” o “por nosotros” o “nos expresan” de algún modo efectivo. Se trata de instituciones que, por razones como las señaladas, no gozan de legitimidad democrática. Y el hecho de que, de algún modo, algunos representantes o dirigentes que comparten mi nacionalidad hayan tenido algo que ver con la designación de uno o alguno de los miembros de ese tribunal, no revierte la situación ni resuelve el problema de legitimidad democrática que se enfrenta. Mucho menos si, como ocurre en la práctica, una vez designados los miembros de ese organismo internacional, perdemos todo control democrático sobre lo que esos miembros hacen; o toda posibilidad institucional sería de reprocharles (o elogiarles) por lo que hacen, o corregir la línea de sus decisiones. Otra vez: la democracia no tiene nada que ver con eso.³⁶

Lamentablemente, y sin embargo, la discusión prevaleciente en la materia no tiende a tomar en serio consideraciones como las señaladas. En los hechos, y conforme a la práctica histórica que conocemos, son dos los enfoques que han tendido a prevalecer, en cuando a los modos de relación entre naciones independientes, y organismos supranacionales de supervisión judicial: ninguno de tales enfoques, como diré, resulta

³⁶ Frente a tiempos globales y problemas globales -comenzando por el cambio climático y los problemas ambientales generados por nuestras comunidades- las soluciones deben también encontrar una respuesta global. Pero, otra vez, esa necesaria solución de nivel global de ninguna manera puede validar cualquier tipo de decisiones, tomadas de cualquier modo. Como resulta obvio, en un marco internacional de extrema desigualdad, ese tipo de respuestas, así tomadas, no podrán ser sino malas respuestas -respuestas injustas: hijas de la desigualdad, y destinadas a reforzar esa misma desigualdad que les da origen.

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

atractivo El primero de ellos es el que se impuso en Europa, sobre todo a partir del extendido temor de los estados miembros, frente al riesgo de la centralización del poder europeo: el “*enfoque de la deferencia*” (Fabbrini 2015).³⁷ El enfoque alternativo es el que ha tendido a prevalecer en América Latina, y a él podríamos denominarlo el “*enfoque de la injerencia*” o “*interferencia*.”³⁸ Este segundo enfoque comenzó a ganar predicamento en los años 70, como respuesta directa a la oleada de autoritarismo extremo y violaciones masivas de derechos humanos, que dominaron a la región en esos años (Huneus 2011). Por ello, también, desde sus primeros fallos (y particularmente en esos primeros fallos, comenzando por “Velásquez Rodríguez,” de 1988, cuando el tribunal declaró responsable a Honduras de un acto de desaparición forzada), la Corte Interamericana fue adoptando una posición firme e intervencionista, frente a los estados miembros, y en relación con las faltas graves cometidas en materia de derechos humanos (Contesse 2016).³⁹

En mi opinión, ambos enfoques resultan defectuosos, tanto por la rigidez que muestran como por las razones en las que se basan. Según entiendo, el “derecho de izquierda” debe mantenerse exigente tanto frente a los problemas de legitimidad democrática que afectan (y, es dable esperar, seguirán afectando) a los organismos de supervisión internacionales, como ante los graves déficits democráticos que afectan (y, es dable esperar, seguirán afectando, de modo periódico) a muchas sociedades contemporáneas. En mi opinión, él debe asumir un enfoque (que alguna vez denominé) de *gradación democrática* o, en otros términos, sensible al volumen democrático de la decisión en cuestión. Así, y por recurrir a algunos ejemplos, la respuesta debe ser “deferente”, si el caso en cuestión refiere a una decisión fuertemente democrática porque, por caso, ella ha sido discutida colectivamente,

³⁷ Esta doctrina, relacionada particularmente con la jurisdicción de la Corte Europea de Derechos Humanos, afirma que las autoridades locales deben gozar de un “margen de apreciación” o discrecionalidad en los modos de cumplimentar sus obligaciones jurídicas internacionales. La Corte Europea comenzó a avanzar esta doctrina en el caso “*Handyside v. the United Kingdom*,” (5493/72) [1976] ECHR 5 (7 Diciembre 1976), afirmando que no era posible encontrar en el ámbito doméstico de los estados miembros “una concepción uniforme sobre la moral” y que las autoridades locales se encontraban en “una mejor posición que los jueces internacionales” para definir cómo aplicar las normas en cuestión (Iglesias 2013, 7). Por ello -asumió el tribunal- sus decisiones en la materia debían mostrar cierta “deferencia” a los entendimientos locales acerca de cómo interpretar el derecho internacional en los casos concretos. En “*The Sunday Times v United Kingdom*,” no. 6538/74, § 61, ECHR 1979 A30., la Corte sostuvo además que la doctrina del “margen de apreciación” requería un justo balance entre la protección del interés general de la comunidad y el debido respeto a los derechos humanos fundamentales”

³⁸ El mismo se fue afirmando, muy de a poco, desde el surgimiento, en 1948, del Sistema Inter-Americano de Derechos Humanos, la emergencia de la Organización de Estados Americanos (OEA), la creación de la Comisión de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. A todo ello se sumó, en 1978, la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

³⁹ Más tarde, el tribunal fue expandiendo esta modalidad de intervención, definida en sus primeros casos relacionados con los derechos humanos, a otras áreas, como las relacionadas con los derechos de las minorías (particularmente, minorías indígenas). Y mantuvo ese enfoque “intervencionista” en casos como “*Gelman v. Uruguay*”, en donde condenó a Uruguay por el modo en que este país había interpretado sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos (específicamente, por haber concedido una amnistía que la Corte consideraba contraria al derecho internacional vigente en la región, y a pesar de que la misma había sido el resultado de años de debate democrático en Uruguay).

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

a través de las esferas formales (Congreso, tribunales, etc.) e informales (a través de un debate público). Por ello, en su momento, me interesó objetar la decisión de la Corte Interamericana en el caso *Gelman* (en donde el tribunal internacional reprochó a Uruguay por el dictado de una ley de amnistía): la decisión del caso podía disgustarnos pero era indudablemente una decisión democrática, sobre un tema controvertido, y que había sido discutida ampliamente y de manera transparente por los tres poderes; por la ciudadanía en las calles; y -como si fuera poco- había sido objeto no de una, sino de dos consultas populares, que finalmente la habían respaldado. En cambio, la respuesta de un tribunal internacional puede ser (no “deferente”, sino) “intervencionista”, si la norma del caso es el resultado de un sistema institucional no-democrático (como lo fuera en *Velazquez Rodriguez*), o fuertemente degradado, en términos democráticos. Actuado conforme a estos parámetros, los tribunales internacionales se pondrían al servicio del autogobierno colectivo, y contribuirían así a la definitiva re-democratización de nuestras sociedades.

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

IV) CONSTITUCIONALISMO Y CAPITALISMO

a) Introducción. Es que puede justificarse el derecho de propiedad?

En este capítulo, voy a examinar las relaciones entre el sistema económico (y en particular, el capitalismo) y el sistema jurídico (más específicamente, el constitucionalismo). Voy a prestar especial atención a los supuestos compartidos en el diseño de sistemas económico-jurídicos como los que hoy prevalecen (de manera especial, me referiré a la idea del “autointerés” como “combustible” de la “estructura básica” de nuestras sociedades); y voy a criticar tales supuestos, y también el modo en que, desde entonces, hemos estado pensando sobre ambas esferas (básicamente, criticaré el “pensar invertido” que domina el área, esto es, un pensamiento que ha abandonado la pregunta sobre “qué sistema económico conviene adoptar, para alcanzar el tipo de lazos sociales preferidos”). Antes de dedicarme a ello, presento algunos comentarios introductorios.

Pensar sobre el derecho, pensar sobre la economía. El primer comentario que quisiera hacer tiene que ver con el modo en que hemos dejado de pensar sobre ambas esferas -la económica y la jurídica- de manera interrelacionada. Quiero decir: durante siglos, resultaba obvio que las reflexiones sobre la organización económica iban (como debían ir) de la mano de otras reflexiones sobre la organización jurídica -al menos, desde trabajos extraordinarios y pioneros como el del republicano inglés James Harrington (*Oceana*), en el siglo xvii; o el del teórico anarquista William Godwin (*Political Justice*), en el siglo xviii. Y así, también, de modo bastante inequívoco, en los escritos de los “padres fundadores” del constitucionalismo americano, que tuvieron absoluta claridad al respecto: como Thomas Paine, que al mismo tiempo que escribía sobre el valor de los derechos, presentaba sus escritos sobre la justicia agraria; o Thomas Jefferson, que acompañó sus múltiples trabajos sobre el constitucionalismo, con sus escritos agrarios; o aún Juan Bautista Alberdi, quien, en la Argentina, pudo presentar un proyecto entero y fundado de Constitución, casi al mismo tiempo en que redactaba su “Sistema Económico y Rentístico”. Con ellos, y más allá de ellos, debemos tomar nota de que el constitucionalismo es incapaz de ganar vida autónoma en relación con el marco socio-económico sobre el que se erige. Ello no implica sostener, como lo hacía Ferdinand Lasalle, que el constitucionalismo deba ser entendido como una “mera hoja de papel”, si es que no se toma en cuenta la “constitución material” (Lasalle 2012). Y es que - por supuesto- el derecho ayuda a moldear, a su vez, a esa realidad material en la que se inscribe, y que en parte lo moldea a él. La asunción de la que parto es otra: las esferas legal y económica van de la mano, y se alimentan mutuamente (por lo que debe reconocerse que las injusticias económicas que tantos padecen resultan, en buena medida, creadas y sostenidas por el derecho -como insisten los autores inscriptos en el movimiento de *political economy*, que continúa, contemporáneamente, los impulsos críticos del “realismo jurídico” de los años 30; y el movimiento de los *critical legal studies*, en los

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

años 80. La política económica y el derecho no pueden seguir siendo pensados como si pertenecieran a dos esferas diferentes, intocadas e indiferentes la una a la otra. La economía y el derecho pueden y deben trabajar conjunta y progresivamente en pos de objetivos que les son comunes -para la “derecho de izquierda,” obviamente, deben colaborar en pos de la igualdad (como proponía el jurista italiano Carlo Lavagna, en su libro *Constituzione e socialismo*, Lavagna 1977, Groppi 2021).⁴⁰

Economía desigual, derecho desigual. La segunda observación introductoria que quiero realizar va unos pasos más allá que la anterior, para subrayar -en consonancia con el pensamiento marxista más tradicional- la relación causal que suele existir entre la economía y el derecho -desde la economía y hacia el derecho. Más específicamente, me interesa sugerir que el igualitarismo político-jurídico no emerge, naturalmente (no emergerá, previsiblemente), de un entramado socio-económico marcado por la injusta desigualdad. Más bien lo contrario, que es lo que la experiencia histórica de nuestros países tiende a reafirmarnos: cuando, como en muchas de nuestras sociedades, el constitucionalismo es escrito en condiciones de fuerte desigualdad, luego, no es esperable la emergencia de un derecho de la igualdad. En contextos tales, lo previsible es -por el contrario- el surgimiento de normas que reflejen la desigualdad, y que ayuden a que la desigualdad se reproduzca y consolide con el paso del tiempo. Hemos visto, más arriba, claros ejemplos de lo dicho. Menciono dos, de particular importancia. Por un lado, en América Latina, las Constituciones actuales tuvieron su origen en el siglo xix, en un marco de gravísima desigualdad, y ello se reflejó, sin dudas, en el entramado institucional entonces construido: la desigualdad del contexto se expresó gravemente, también, en un sistema político marcado por la extrema desigualdad, en donde uno manda, y los demás

⁴⁰ Se trata de un tema frecuente en la doctrina italiana. Ver, también, Togliatti, sobre “la vía italiana al socialismo” (2017); Ferrara (1979). En la Argentina, en su momento, el abogado e intelectual de izquierda, Silvio Frondizi, escribió sobre cómo podía pensarse la Constitución, y su reforma, desde una óptica comprometida con el derecho de izquierda. Sostuvo, primero: “Es precisamente porque creemos que la libertad es indivisible, que luchamos para conseguir la universalización de la libertad económica, como medio para alcanzar la libertad política y espiritual.”. Luego, habló de dos reformas posibles: “La primera de las reformas que deben encararse es la del artículo 17 de la Constitución Nacional, para establecer la socialización -o mejor aún colectivización- de los medios de producción. Y decimos socialización para que no se confunda con la estatización, que nos introduce en un posible capitalismo de Estado, último baluarte de la burguesía decadente...El otro aspecto y que se refiere al problema político, reside en la supresión lisa y llana de la norma contenida en el artículo 22...Es fácil notar que este artículo se encuentra descolocado en el propio texto constitucional, desde el momento que nuestra carta fundamental, hace referencia en más de una oportunidad a la soberanía del pueblo.” De manera similar, Carlos Sánchez Viamonte (autor, entre otras, de *Democracia y Socialismo*), afirmó, “La justicia económica es la condición previa de la libertad. El individualismo liberal de la democracia burguesa proclamó la libertad, pero solo pudo crear y organizar el derecho a la libertad, no la libertad real y efectiva. El derecho a la libertad es la ilusión de la democracia burguesa...Es evidente la aberración individualista-capitalista, de que adolece nuestro orden jurídico del siglo XIX, al prestar mayor atención y atribuir la más alta jerarquía a los bienes que a las personas...Elevados a la categoría de derechos individuales sagrados e inviolables, los derechos relativos al patrimonio han significado siempre el privilegio de una clase opresora y explotadora. Por eso es necesario excluirlos de la libertad. No son derechos personales, porque no se refieren a la personalidad humana...Urge la rectificación, para que se cumpla, en la normalidad de su curso, el proceso de solidaridad social, trabado hasta ahora por el abuso secular de la fuerza económica (376-7) (Sánchez Viamonte 1959, 376-7).

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

obedecen. El híper-presidencialismo latinoamericano, claramente, es una expresión de la desigualdad económico-social en donde ese derecho fue prohijado: una expresión resultante en parte de ese contexto de desigualdad, y que la desigualdad económica vigente contribuye a reproducir (contra la esperanza de tantos, arriba examinada, de que “el líder fuerte” resuelva la desigualdad sobre la que está parado). Puede decirse, a su vez, que algo similar ocurre en Europa, en donde un contexto definido por el “desempoderamiento” económico, genera un gobierno de burocracias marcadas de forma extrema por el problema del “déficit democrático”.⁴¹

Es que puede justificarse el derecho de propiedad? La crítica de Bentham. Las consideraciones anteriores, referidas al impacto de la economía sobre el derecho (i.e., una economía más desigual se vincula normalmente con un derecho más desigual) parecen remitirnos a las versiones más toscas o simplistas del marxismo, en relación con materialismo histórico, el determinismo económico, y el derecho como mera superestructura (Harnecker 1973). Obviamente, sin embargo, las cosas resultan diferentes de las alegadas por esas formas precarias del marxismo. Ello así, comenzando por el hecho de que la economía influye tanto (aunque no sea de igual modo, que no lo sabemos) sobre el derecho, como el derecho sobre la economía. Ésa fue, en buena medida, la idea expresada por Jeremy Bentham al sostener que la ley y la propiedad nacen y mueren juntas.

Bentham afirmaba allí algo todavía más interesante: *el derecho a la propiedad privada*, base del sistema capitalista, no era el resultado de una creación divina -o, más precisamente, no podía ser justificado, como lo hiciera John Locke, en nombre de -algo así como- los *derechos naturales*. En absoluto. Se trataba (y volvemos así a nuestra discusión primigenia sobre el origen de los derechos), pura y simplemente, de *creaciones humanas*: la decisión colectiva de organizar la vida económica de un cierto modo, y no de una manera alternativa. En este punto, entonces, nos encontramos con varias ideas de interés adicionales. En primer lugar, la justificación más tradicional, asentada y difundida de los derechos de propiedad, que es la ofrecida por Locke, no sería correcta. En segundo lugar, lo sostenido por Bentham nos deja en claro que el derecho es crucial para fundar un cierto orden económico, ya que él presta o no la fuerza coercitiva de la que dispone, para sostenerlo. En tercer lugar, la crítica de Bentham nos sugiere que el derecho moderno estaría utilizando esos medios coercitivos bajo su control, para mantener (preservar y reproducir) un sistema de propiedad privada, basado en esas razones implausibles -en una justificación indebida.

La justificación de Locke sobre la apropiación privada, y la crítica de Nozick. Vale la pena detenerse unos instantes en lo sostenido por Locke para defender a la propiedad privada, dado que se trata, según dijera, de la justificación más importante de las que se han dado, en defensa de las bases del sistema capitalista. La justificación de Locke,

⁴¹ Por el lado contrario, y como ejemplos de control, puede advertirse de qué modo los marcos socio-económicos más igualitarios se expresaron en sistemas políticos más igualitarios, como los escandinavos (Esping-Andersen 1990).

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

asentada en la idea de los “derechos naturales” (que serían autoevidentes, de fuente divina, y cognoscibles por todos), consistía básicamente de dos partes: una teoría de la apropiación, y un *proviso*. La primera parte decía, sintéticamente, que cada uno es dueño de su cuerpo y de su trabajo; y que si uno mezclaba su trabajo, con algo que no pertenecía a nadie (i.e., el tronco de un árbol, para hacer una silla; o una parcela de tierra), esa persona quedaba como dueño de aquello que había construido con su trabajo (i.e., la silla; esa parcela trabajada). Pero ello -y aquí la segunda parte de su teoría, el *proviso*- en tanto y en cuanto quede “tanto y tan bueno para los demás”.

Ahora bien, resulta notable comprobar que, a pesar del extraordinario impacto alcanzado por la justificación de Locke (que sigue apareciendo siempre en los primeros lugares, cuando hablamos sobre cómo justificar la apropiación privada), las bases en que la misma se apoyaba eran muy frágiles. Ello es tan así que el filósofo político Robert Nozick (tal vez el más importante y lúcido defensor contemporáneo del orden capitalista, y alguien que defendía, como Locke, una teoría de la apropiación basada en los “títulos históricos” o *historical entitlements*), consideró que la justificación ofrecida por Locke resultaba por completo inaceptable, en sus dos partes. La primera -la teoría de la “mezcla”- era considerada por Nozick como directamente ridícula (“si mezclo una lata de tomates que abro, con el mar, no me apropio del mar, sino que pierdo mi lata de tomates” -decía Nozick, con cínica ironía). La segunda parte, mientras tanto -el *proviso*- era la parte relevante (la que hacía realmente el trabajo justificativo), pero aparecía, también, completamente infundada. Nozick refutaba el *proviso* con el “argumento del cierre hacia atrás”, que básicamente decía que, frente a bienes que son escasos, ninguna apropiación terminaría quedando justificada, en los términos de Locke: siempre habría un momento en que no queda “tanto y tan bueno para los demás”, con lo cual -llegado, tempranamente, el momento fatídico de la escasez- deberíamos ir empezando a desarmar, hacia atrás, todas las apropiaciones ya hechas, que comienzan a convertirse en injustificadas (Nozick 1973). En reemplazo de la fallida visión de Locke sobre la apropiación privada, Nozick ofrecería una alternativa, edificada sobre una revisión de la idea del *proviso* lockeano. Su propuesta de reemplazo era, esencialmente, la de que una apropiación se justificaba si uno no “empeoraba”, con ella, la situación de los demás (i.e., me apropia de una tierra en desuso, construyo allí un hotel, doy trabajo a quienes vivían en la zona, etc.). Sin embargo, el intento de Nozick estuvo lejos de alcanzar el suceso de la teoría de su antecesor: su obra fue objeto de críticas despiadadas por parte de quienes se propusieron tomar en serio la visión de Nozick sobre el “empeoramiento” de la condición del otro (Cohen 1995); y el propio Nozick terminó abandonando y criticando su teoría.

Importa notar que, en este punto, no quedamos simplemente enfrentados a una -otra más- disputa filosófica irresoluble. En efecto, la pregunta que nos estamos haciendo aquí es una de importancia vital: nos estamos preguntando si se justifica o no el derecho de la apropiación privada, y lo que queda claro es que esa justificación resulta muy difícil de sostener, cuando nos apoyamos en algunas de sus fuentes más reconocidas (Locke, Nozick). Será entonces que debemos recurrir a apoyos filosóficos alternativos? Seguramente. Sin embargo, otra vez, nada nos garantiza que la empresa en la que nos

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

involucramos termine con un resultado “exitoso”, sobre todo si entendemos por “éxito”, la justificación de un orden económico de contornos más o menos similares a los que hoy conocemos.

En efecto, las líneas filosóficas alternativas más plausibles, como diferentes de las teorías basadas en los “títulos históricos,” son las teorías *consecuencialistas*, y las basadas en la *maximización de la libertad*. En ambos casos, la idea sería que la propiedad privada se justifica, básicamente, porque el sistema que la garantiza sería mejor que cualquier otro sistema alternativo. Este tipo de ordenamientos -se nos dice- permite que la gente esté mejor (o maximice su libertad), que organizaciones económicas alternativas. Ello así, básicamente, porque así se permite que las personas pueden organizar mejor sus recursos, que los incrementen y que les saquen provecho -un provecho que termina redundando, más o menos directamente, en el beneficio del resto. Se trata de una línea justificatoria apoyada, por lo general, en argumentos del tipo “la tragedia de los comunes”, que sugieren que, bajo sistemas de apropiación común, las personas no tienen incentivos para cuidar de su tierra, o sacarle más beneficios, etc. (Waldron 2004).

Este tipo de justificaciones alternativas resultan promisorias pero, otra vez: hasta dónde? Lo cierto es que, una vez que nos adentramos en el análisis detallado de lo que ellas reclaman, comenzamos a ver sus graves limitaciones. Porque, como sostuviera Waldron: “En la mayoría de los sistemas de propiedad privada, hay algunos individuos que poseen poco o nada y que están completamente a merced de los demás. Entonces, cuando se dice que “la gente en general” está mejor bajo acuerdos de propiedad privada, tenemos que preguntarnos “¿Qué personas?”. ¿Todo el mundo? ¿La mayoría? ¿O simplemente una pequeña clase de propietarios cuya prosperidad es tan grande como para compensar el consiguiente empobrecimiento de los demás en un cálculo utilitario agregativo?” (Waldron 2004). Es decir, en la vida corriente, este tipo de justificaciones no sirven para apoyar lo que vienen a apoyar (un sistema capitalista basado en la propiedad privada) o, al menos, del modo en que pretenden hacerlo (esto es, preservando el orden prevaleciente de manera más o menos idéntica a cómo está): tal vez, para una mayoría de personas, lo que dichos sistemas hagan no es permitir que vivan mejor o con más libertad que en sistemas alternativos. Es dable pensar que esas personas (digamos, la mayoría de pobres que habitan en muchos países capitalistas contemporáneos -lo que implica decir, en ocasiones, la mayoría de la población) vivirían mucho mejor, o aún con más libertad, bajo esquemas de organización económica diferentes -tal vez, en economías mixtas; o bajo formas cooperativas de organización; o aún bajo sistemas sin propiedad privada. Dificultades de justificación como las señaladas son las que explican, seguramente, las serias dudas y diferencias expresadas históricamente por John Rawls (posiblemente, el filósofo político más importante del siglo xx) frente al derecho de propiedad privada.⁴²

⁴² Se entiende así, por ejemplo, por qué el derecho de propiedad mismo no aparece dentro de los derechos básicos de los que hablaba en su *Theory of Justice*. (Rawls 1971), o por qué Rawls defendió una posición tan firme contra las formas tradicionales del capitalismo, o mantuvo aún, en ocasiones, posturas directamente anti-capitalistas (Rawls 2001; Rawls y Van Parijs 2003).

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

Para concluir esta sección, permítaseme resumir lo dicho. Ante todo, sostuve que entre el derecho y la economía existen vínculos muy estrechos, a través de los cuales no sólo la economía influye sobre el derecho (y, por eso, la desigualdad económica tiende a generar arreglos jurídicos desiguales), sino el derecho sobre la economía. En particular, me interesó resaltar el papel decisivo que juega el derecho en el reforzamiento de ciertos modos de organización económica: es el derecho el que “presta su fuerza” para sostener ciertos arreglos económicos, como “presta su autoridad”, para legitimarlos. Y, sobre todo, procuré llamar la atención sobre el hecho de que el derecho haya ofrecido su poder coercitivo y su capacidad legitimadora, en favor de arreglos económicos, finalmente, poco justificados, o carentes de una justificación apropiada. A continuación, voy a adentrarme entre los vínculos históricos entre derecho y economía, prestando particular atención a los fundamentos comunes que relacionan al constitucionalismo con el capitalismo.

b) Autointerés, “virtud cívica” y participación política

Adam Smith y James Madison. Así como Bentham decía que “la propiedad y la ley nacen juntos y mueren juntos”, también podríamos decir que el constitucionalismo prevaleciente o “clásico” y la forma de organización dominante, el capitalismo, también nacieron juntos -aunque no sabemos si morirán juntos. De hecho, podría decirse, los padres intelectuales de uno y otro sistema -James Madison y Adam Smith, nacieron y murieron en fechas cercanas (Adam Smith 1723-1790; James Madison 1751-1836). Y, lo que es más interesante, ambos pensaron un sistema y el otro en términos similares. Se trataba de “maquinarias” que debían ser capaces de funcionar por sí solas, descansando en una combinación de motivaciones que se tomaban como dadas e inmodificables e instrumentos creados por el hombre, para favorecer o incentivar ciertas conductas. Ésa es la “maquinaria” en la que piensa Smith, cuando habla del panadero que hará el pan a la mañana siguiente, no a partir de su ánimo cooperativo, altruista o solidario, sino movido por el autointerés, y en la medida en que se le permita obtener ganancias a través de ese trabajo: la “virtud cívica” era innecesaria, si se daban los incentivos apropiados. De este modo -dados los buenos incentivos institucionales que se generaban- con el “egoísmo” de cada uno iba a ser suficiente para obtener beneficios colectivos: en términos de Bruce Ackerman, se podría, de este modo, “economizar en virtud”.

Esa misma lógica acerca del diseño de instituciones es la que adoptó y desarrolló Madison, para hablar ya no de la organización económica, sino de la organización constitucional. En la que fuera -tal vez- la línea más importante (de las muchas importantes) que James Madison escribiera (en “El Federalista” n. 51), aparece de modo explícito la idea de que un buen sistema institucional es el que sabe combinar las “motivaciones personales” y los “medios constitucionales.” En esa instancia -consideraba Madison- resultaba absurdo o ingenuo tomar como punto de partida -como motivación humana básica- la “virtud cívica”: los seres humanos (rationales) tendían a actuar a partir de otras motivaciones, más básicas, que no requerían del “pensar en el otro”, o de esfuerzo alguno destinado a cooperar con los demás. Por eso mismo -porque no era necesaria la

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

“virtud cívica”, porque podía “economizarse en ella”- es que Madison aplicó para la creación del sistema de “frenos y contrapesos” -el corazón del sistema constitucional del liberalismo- la lógica smithiana de los incentivos institucionales y el autointerés. En términos institucionales -apuntaba Madison- los miembros de cada rama del gobierno iban a verse motivados a controlar los “seguros excesos” de las demás, no a partir de una preocupación cívica o altruista, sino porque i) iban a contar con los instrumentos necesarios para ello; y b) cada uno de ellos contaba ya con la motivación necesaria para hacerlo: mantenerse en el poder, incrementar su poder, no perder poder. El final de esta “lógica constitucional” promete ser -en un sentido comprensible- feliz, tan feliz como la historia smithiana sobre los panaderos: el egoísmo de nuestros funcionarios públicos promete redundar en beneficios institucionales para todos: se limitan así los excesos (cada rama de gobierno impide los excesos de los demás, por propio interés); no hay opresión mutua (nadie está en condiciones de decidir sin el acuerdo, al menos parcial, de los demás); todos los ciudadanos terminamos siendo beneficiados de esa lógica de funcionamiento, en donde cada porción del poder necesita del apoyo del resto.

Autointerés o virtud cívica como “motor” institucional? La idea del autointerés como supuesto básico y “motor” del sistema institucional (económico y jurídico) implicaba, tanto en Smith como en Madison, una toma de partido en relación con un debate que era intenso en la época, y que venía de la antigüedad: el debate impulsado por los republicanos en torno al papel de las virtudes. Ni Smith ni Madison le daban la espalda a ese debate, o menospreciaban el valor de las virtudes. Más bien lo contrario: Smith consideraba que ciertas virtudes -en particular la prudencia, la parsimonia- eran necesarias para acumular capital o tener éxito comercial; y Madison articulaba de modo frecuente la idea de “virtudes cívicas” en sus discursos políticos. Sin embargo, lo cierto es que “el mecanismo” en el que pensaba Smith, cuando hablaba de la “mano invisible”, se activaba y movía a partir del egoísmo: era ese egoísmo, antes que cualquier espíritu virtuoso o solidario, el que permitía conseguir un beneficio colectivo no intencionado. Como dijera Smith en *“La riqueza de las naciones”*: “una mano invisible lo conduce a promover un objetivo que no entraba en sus propósitos iniciales”. Lo mismo en Madison, quien suscribió una idea idéntica a la de Smith, que expresó de modo todavía más fuerte en *El Federalista*. En efecto, en “El Federalista” 51, Madison identificó a la posición de sus adversarios -críticos de muchos de los mecanismos propuestos en la Convención Federal, incluyendo los relacionados con los “frenos y contrapesos”- con una postura ingenua: como si esos adversarios no entendieran del “funcionamiento real” de las cosas, o pensarán a la política como en manos de ángeles. Es por eso que Madison les responde -directamente, pero sin nombrarlos: “si los hombres fueran ángeles, las instituciones sobrarían”. Es decir, como las personas en general (y los funcionarios públicos en particular) no son (no van a comportarse como) ángeles (ya que serán, esperablemente, seres egoístas, que no piensan en los demás, que quieren acumular poder, etc.) es que diseñaban un sistema de “controles mutuos”, como el de los *checks and balances*, que no esperaba comportamientos virtuosos de parte de los funcionarios de gobierno, sino que

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

estaba preparado para favorecer el bien común, en ausencia de esas actitudes cooperativas.

Los “costos” de fundar las instituciones sobre el autointerés. A pesar de la razonabilidad de muchos de esos reclamos, entiendo que en este debate el “derecho de izquierda” tomaría una posición más cercana a la postura de la facción criticada, es decir, aquella que entendía que el egoísmo no podía constituirse en la columna vertebral de toda la organización institucional. Ello así, por varias razones, que incluyen a la siguientes dos. Primero, al “descansar” en el autointerés o el egoísmo como “combustible” motivacional, incentivamos (nos comprometemos con) riesgos institucionales demasiado serios (incluyendo la alienación de la clase dirigente). Segundo, de ese modo renunciamos a algo demasiado importante, esto es, la promoción de comportamientos más cooperativos.

Comienzo con una referencia a los riesgos institucionales que en buena medida creamos, al tomar al egoísmo como “combustible” institucional. Pienso, ante todo, en el esperable riesgo de que la clase dirigente -honrando el principio motivacional del “autointerés” al que se le da “vía libre”- decida pactar entre sí, para maximizar los propios beneficios (en lugar de “controlarse mutuamente”), sacrificando para ello (o dejando de lado toda atención sobre) el interés común. Por qué es que, gozando de tantos privilegios, teniendo tantos beneficios al alcance de la mano, y tan pocos riesgos alrededor, los funcionarios públicos deberían optar por conductas que los lleven al control y la fiscalización mutua? Por qué actuarían de ese modo (funcional al beneficio colectivo) si -previsiblemente- pueden acordar entre sí la maximización de sus intereses, reduciendo todavía más la capacidad ciudadana de controlarles?

Lo dicho nos conduce entonces al segundo de los puntos citados, referido a lo que perdemos cuando apostamos “todas nuestras fichas” al autointerés. Lo que entonces perdemos la posibilidad de promover comportamientos más cooperativos, y en el beneficio común. Debemos preguntarnos, entonces: es que la cooperación requiere algo imposible o no esperable -que las personas actúan motivadas “como ángeles”, o a partir de la “virtud cívica”; o algo indeseable -“cultivar virtud”, abriendo así espacio a una “política riesgosa”, perfeccionista? (Sandel 1996). Entiendo que no, en absoluto. Un “derecho de izquierda” debe ser consciente, en cambio, de que las actitudes y motivaciones personales son, también un producto del sistema institucional (político, económico) prevaleciente. Por lo tanto, es esperable que las personas actúen cotidianamente movidas por su exclusivo autointerés (por su propia supervivencia, finalmente) en el marco de una economía capitalista a ultranza, que abandona a su suerte a las personas; o en el contexto de un sistema político que desalienta la participación (por ejemplo, porque nos deja en claro que la movilización de millones de personas cuenta con muchas menores posibilidades de éxito político, que un empresario poderoso golpeando la puerta del Despacho Presidencial). Pero, al mismo tiempo, y por las mismas razones, es esperable que esos mismos sujetos se abran a otros comportamientos (que no es lo mismo que decir que se conviertan, de pronto, en seres angelicales o perfectos), si el sistema institucional favorece la cooperación antes que la confrontación (i.e., la

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

confrontación que se exagera cuando se deja en claro que “sólo una silla importa” -la silla presidencial); o si el sistema económico ofrece seguridades y protecciones, en lugar de fomentar, simple y cotidianamente, la toma de ventajas entre unos y otros. Insisto con que nuestras actitudes hacia los demás dependen enormemente del contexto institucional dentro del cual actuamos: un marco institucional “feroz” (que nos amenaza cotidianamente con el éxito mayor o la caída en desgracia), esperablemente, generará comportamientos de “lucha desesperada por la supervivencia”, que indudablemente serán moderados en contextos institucionales que nos garanticen ciertas protecciones económicas, o favorezcan nuestra cooperación política, nuestra conversación democrática.

La “virtud cívica” como “producto endógeno” del sistema institucional. Quienes colocaban en el centro de sus preocupaciones a la “virtud cívica”, no defendían ni necesitaban defender al compromiso con su comunidad y con los demás de un modo *naive* -es decir, considerando que los funcionarios públicos, una vez llegados al poder, iban a convertirse en “ángeles,” o iban a verse motivados por un súbito altruismo. De ningún modo. Entiendo que la reconstrucción apropiada de lo que ellos sugerían era otra: lo que ellos proponían era un reconocimiento a lo que podríamos llamar “la formación endógena del carácter”. Para decirlo más claro: nuestros comportamientos, motivaciones, iniciativas, reacciones, tienen mucho que ver con las reglas e instituciones dentro de las que nos movemos. Esperablemente, todo sistema económico-político va a fomentar ciertas conductas, antes que otras -cierto tipo de vínculos entre las personas- que pueden servir más o menos a los propósitos básicos de nuestra vida común (por ejemplo, alentar o no la cooperación; ayudar a que vivamos en paz y/o progrese materialmente; etc.). En tal sentido, y por tomar un ejemplo relevante, Thomas Jefferson consideraba que “el gobierno republicano” encontraba sus fundamentos “no en la constitución, sin dudas, sino meramente en el espíritu de nuestra gente.” Dicho espíritu –concluía- iba a obligar “aún a un déspota, a gobernarnos democráticamente” (Jefferson, 1999: 212). Con Jefferson, muchos republicanos se cuestionaban también qué tipo de cualidades de carácter iban a promoverse a partir de las pautas que regulaban, en su tiempo, la vida económica de la comunidad. Por ejemplo, el antifederalista George Mason se preguntaba “serán los modales propios de las ciudades comerciales populosas favorables a los principios del gobierno libre? O es que el vicio, la depravación de la moral el lujo, la venalidad, y la corrupción, que invariablemente predominan en las grandes ciudades comerciales, van a ser totalmente subversivas para el mismo?” La virtud, concluía Mason, era esencial para la vida de la república y ella “no puede existir sin frugalidad, probidad y rigurosidad en la moral” (Sandel, 1996: 126). Del mismo modo se expresaban autoridades como John Adams, o Benjamín Franklin. Para éste último, por ejemplo, “[s]ólo un pueblo virtuoso es capaz de alcanzar la libertad. Y cuando una nación se convierte en corrupta y viciosa, entonces luego ella tiene más necesidad de contar con alguien que la domine” (ibid.).

Qué economía es necesaria para promover una sociedad igualitaria? Las conexiones establecidas entonces, entre rasgos de carácter (frugalidad, corrupción, etc.) y economía (comercio, agricultura, etc.) hablan de modo claro de una forma de pensar que ya no está

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

con nosotros. En ella se reconocían los vínculos y las conexiones causales existentes entre las diversas esferas de la vida social. A fines del siglo xviii, de hecho, fueron muchos los que consideraron que se encontraban frente a una disyuntiva económica: fundamentalmente, entre el camino que los llevaba a una sociedad comercial, y el camino alternativo, que los conducía hacia una sociedad agraria. Y la intuición era que la sociedad comercial -a diferencia de la sociedad agraria- tendía a promover rasgos de carácter y relaciones personales poco favorables para la cooperación social: cada uno iba a ver al de al lado no como un competidor o una amenaza, más que como un aliado. De ese modo -asumían- iban a fomentarse comportamientos más competitivos que cooperativos. Aquí, en todo caso, interesa menos destacar el acierto o no de las conexiones causales que ellos trazaban, que los modos en que pensaban, y lo apropiado de las preguntas que se planteaban. Subrayaría, entonces, tanto el valor de la pregunta “madre” que se hacían (“qué tipo de ciudadano promueve esta forma de organización institucional”) como la orientación de su respuesta (“necesitamos un sistema económico-político-jurídico que favorezca la cooperación social”). En la actualidad, hemos dejado de lado por completo esa línea de reflexión que, en todo caso, tendemos a ver más como ridícula que como crucial: como si nada de eso importara, o todo diera lo mismo.

Se trata de preguntas importantes que el derecho supo hacerse, durante mucho tiempo. Una buena ilustración de ello la ofrece Michael Sandel, en su trabajo *Democracy's Discontent*, en donde el filósofo norteamericano rastrea el “hilo republicano” que recorre buena parte de la historia jurídica de los Estados Unidos, desde aquel “momento fundacional” o constitucional, de fines del siglo xviii, hasta bien entrado el siglo xx (para desaparecer luego). Sandel muestra, por ejemplo, la centralidad que le daban los jueces, en sus decisiones, al tipo de ciudadanía que el derecho fomentaba. Muchos de ellos -nos dice- se oponían a “la dependencia de los trabajadores bajo el capitalismo industrial, en razón de que el mismo privaba a aquellos de la independencia mental y de juicio necesarias para una participación significativa en el autogobierno” (Sandel, 1996, 326).

Qué rasgos de carácter promueve el capitalismo? Qué actitudes fomenta el actual modelo constitucional? Entiendo que, en la actualidad, el “derecho de izquierda” debe animarse a recuperar antecedentes como los citados (en donde se pensaba “al revés”: desde los vínculos sociales deseados hacia la organización institucional) y, en lugar de cerrar los ojos a aquellas viejas reflexiones, preguntarse: qué tipo de ciudadanos, qué tipo de relaciones personales, tienden a fomentar los arreglos institucionales dentro de los cuales vivimos? Más particularmente: qué tipo de sociedad y de vínculos promueve este tipo de capitalismo dentro del cual vivimos? Y qué vínculos y relaciones sociales tienden a promover nuestras instituciones políticas? (Por ejemplo: es que ellas alientan o desalientan el involucramiento cívico de la ciudadanía?).

Mi intuición, al respecto, va en línea con la que sugiriera el filósofo marxista de Oxford, Gerald Cohen, quien sostenía que el problema del capitalismo tenía que ver con los dos principales rasgos de carácter que -naturalmente- promovía ese sistema económico: “la codicia y el miedo” (Cohen 2010). Codicia de acumular cada día más ganancias, miedo a

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

perderlo todo y quedar en la nada, de un momento a otro. Claramente, ese *ethos personal* es contrario al que necesita el tipo de sociedad libre y cooperativa que pretendía el liberalismo igualitario que Cohen terminó por abrazar.

Tanto la teoría socialista (la que defendieran autores como Cohen) como la teoría republicana (la que defienden autores como Sandel) coinciden en la idea según la cual el autogobierno colectivo requiere de ciudadanos activos, con la disposición moral de vincularse con sus co-ciudadanos y ponerse de pie en defensa de los intereses comunes (Sandel 1996). Seguramente hay algo de verdad en dicho enunciado, pero ello no implica que debamos aceptar con ligereza todas las derivaciones que se asocian habitualmente con dicho reclamo. Ante todo, ello no implica considerar que -bajo esos requerimientos- el autogobierno es imposible, porque no contamos (ni es dable esperar que contemos) con una ciudadanía así dispuesta; o indeseable, porque la única manera de “transformar” a la ciudadanía para inculcarle “virtud cívica” es a través de medios autoritarios, irrespetuosos de la libertad.

Pero algo más: como nos lo ha demostrado repetidas veces la práctica, en todos estos años (tengo en mente, por caso, recientes procesos de movilización popular en torno a temas de salud reproductiva), la ciudadanía tiende a involucrarse más, en la discusión sobre temas de interés público i) cuando se siente interpelada por tales discusiones (es decir, cuando no se la invita a decir algo sobre temas que no le interesan); y -lo que es tal vez más decisivo, ii) cuando advierte que lo que vaya a decir va a ser tomado en serio por las autoridades públicas. De no ser así -cuando la ciudadanía intuye que su voz no va a ser considerada- la ciudadanía, racional y razonablemente, opta por no intervenir, o no aceptar una convocatoria que reconoce falsa.

En este sentido, y en lugar de predicar contra “la falta de involucramiento cívico” de la ciudadanía, correspondería reconocer, primero, que todos somos demasiado parecidos (a todos nos interesan ciertos asuntos de relevancia pública, y no tanto otros; y más cuando se vinculan con razonables intereses personales). Segundo, y en esa misma línea, corresponde admitir que todos tenemos el cuerpo, de un modo u otro, marcado por la historia, y recordamos bien la cantidad de veces que quisimos decir algo o reclamar por algún derecho, y fuimos desatendidos o simplemente ignorados por el poder público, o directamente reprimidos por él. Por lo cual, tenemos capacidad de advertir cuándo, en principio, “la puerta de la decisión pública” se nos muestra abierta, y cuándo no. En estos últimos casos, otra vez, de forma racional y razonable tendemos a decirle “no” a las invitaciones que nos hace el poder; del mismo modo en que tendemos actuar de otra manera, en los excepcionales casos en que intuimos que nuestro aporte puede ser tomado en cuenta. Entonces, en lugar de quejarse de la “apatía ciudadana,” las autoridades públicas deberían ver cuáles han sido sus responsabilidades en la construcción de ese retraimiento cívico ante la -autointeresada, ineficiente, y alienada- política profesional.

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

QUÉ HACER

a) Sobre lo ya hecho

En las páginas anteriores, llevamos adelante un amplio repaso de temas, relacionados con el cambio institucional. A través de dicho examen, analizamos una cantidad de cuestiones institucionales relacionadas, sobre todo, con lo que el “derecho de izquierda” no es o no debería aspirar a ser. La pregunta que puede aparecer, una vez terminado el repaso, es la pregunta leninista sobre “qué hacer?” Qué hacer, sobre todo, asumiendo que las consideraciones anteriores fueron, ante todo, consideraciones *negativas* (referidas a los problemas que afectan a nuestro sistema institucional; explicaciones en torno a sus sesgos y falencias, etc.). Entonces, aparecen ahora con más fuerza preguntas -que son también cuestionamientos- del siguiente tipo: “Qué construir?” “Cuáles son las salidas?” “Cuáles las propuestas *positivas*?”

Frente a este tipo de preguntas, lo primero que haría es impugnar, en parte, a los supuestos de las mismas, clarificando el sentido de lo escrito hasta aquí. Lo cierto es que, a lo largo de todo este trabajo, y en particular en este último capítulo, he procurado establecer pautas de las que desprender -de forma más o menos inmediata- alternativas institucionales específicas.

Conforme lo anunciado al comienzo de este escrito, contamos ahora con un *ideal regulativo* bastante definido, que nos permite pensar mejor hacia dónde ir, hacia dónde no, y por qué razones. Ese ideal regulativo está alimentado por *principios* (a los que examinamos desde la filosofía política); y *consideraciones sobre la práctica* (en particular, consideraciones sobre sociología política, historia política, sicología política), que prometen jugar un papel significativo en la construcción de alternativas institucionales.

Ante todo, dicho punto de partida teórico nos ayuda a *precisar el diagnóstico* de los problemas en juego. Ello resulta crucial cuando reconocemos -como aquí lo hemos hecho- que mucho de lo que no se hace, o se hace mal, se debe a errores de diagnóstico sobre los que tendemos a recaer, una y otra vez. Esos errores de diagnóstico son los que han llevado a sectores de la izquierda política a confundir, por ejemplo “democracia” con “voto” (desde una concepción, así, paupérrima de la democracia) para ofrecer luego, frente a cualquier problema institucional (falla en la justicia, demora en la legislatura, errores presidenciales), la misma respuesta: “votemos ahora mismo/ votemos más”, “hagamos una consulta popular”, “elijamos a tal o cual (al que cuestionamos) a través del voto.” Son este tipo de errores, también, los que han llevado a la izquierda a caer fácilmente en los brazos de cualquier líder que le prometa tomarla en serio y conseguir, por los medios que sean, los objetivos últimos buscados (justicia social, etc.). El resultado ha sido, en casi todos los casos, el más desafortunado: se profundizan las desigualdades, las injusticias siguen, y la izquierda política queda desacomodada, ya sea por un discurso que

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

termina siendo irreflexivo, ya sea por apuestas políticas que (una vez más) la terminan vinculando con el autoritarismo.

Por lo demás, todos esos criterios que hemos ido asentando, a lo largo de las páginas anteriores, nos han permitido fundar las *críticas* que hemos ido presentando, en las páginas anteriores, ante instituciones y prácticas prevalecientes -y, otra vez, es crucial tener en claro por qué criticamos lo que intuitivamente rechazamos. Más todavía, en los pliegues de esas críticas aparecen sugeridas, apenas ocultas, cantidad de *alternativas disponibles*, y las razones en que se fundan. Doy algunos ejemplos. Uno, la crítica radical al sistema representativo exige asentar al sistema democrático en formas más directas de la democracia. Dos, la crítica a las toscas formas directas de la democracia directa a las que se apela habitualmente (las que toman el lugar de la “conversación entre iguales”) hacen un llamado a prácticas centradas en el diálogo democrático. Tres, la crítica a las prácticas (así llamadas) “dialógicas” (vinculadas con el “constitucionalismo dialógico”) más conocidas (la crítica al modo habitual en que resultan susceptibles de la “colonización del pasado”) nos insta a no “descansar” sobre esas alternativas aparentemente exitosas, sino a seguir explorando en formas más dinámicas, más inclusivas, menos vulnerables a la captura por parte de las viejas instituciones, el viejo funcionariado.⁴³

b) Socialismo liberal o democracia de propietarios

Pensando ahora en propuestas (“positivas”) sobre el “qué hacer”, voy a concentrarme, en lo que sigue, en dos tipos de respuestas posibles: unas relacionadas con la estructura económica, otras más directamente referidas a la estructura constitucional. La idea será la de considerar ambas cuestiones “de la mano”, y a la luz de principios y objetivos similares (ello, contra la práctica habitual de tomar a tales esferas como autónomas; o la de asumir, sin problemas, que ellas responden o pueden responder a principios diferentes o aún opuestos): estamos haciendo referencia, siempre, a lo que John Rawls denominara la “estructura básica” de la sociedad.⁴⁴ Comienzo entonces con algunas consideraciones sobre la política económica que podría resultar apropiada en (y para) una sociedad igualitaria -apropiada como base de un “derecho de izquierda”, y funcional a su reproducción.

⁴³ Obviamente, la elección de tales alternativas específicas deberá depender de las energías cívicas y políticas disponibles, y de las condiciones contextuales, relacionadas con el tiempo y el lugar particulares en los que se esté pensando. El análisis de esas condiciones nos ayudarán a determinar -a la luz de los principios y criterios con los que contamos- qué instituciones escoger, y también, la ambición -el carácter más o menos abarcativo- de los cambios emprendidos (debemos optar por cambios *maximalistas* o *parciales*?); y la velocidad e intensidad de esos cambios (más *radicales* o más *parsimoniosos*?), con todo lo que implican tales opciones (los cambios demasiado ambiciosos quedan sujetos a problemas de *backlash*, o a riesgos como el de la “hiperracionalidad”, Elster 1985; cambios moderados resultan habitualmente vulnerables al problema de la “captura”; etc.). Crucialmente, se trata también de determinar cómo es que puede atravesarse (aquello que Adam Przeworski denomina) “el valle de la transición”

⁴⁴ Rawls considera que su “teoría de la justicia” se aplica fundamentalmente sobre la “estructura básica” de la sociedad, una “estructura” que incluye a la Constitución política del país, y a sus disposiciones económicas principales.

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

Como cuestión preliminar, permítaseme aclarar lo siguiente. La pregunta sobre qué programa adoptar, en materia económica, desde una perspectiva igualitaria, comprometida políticamente con la izquierda, es demasiado compleja como para ser “resuelta”, apropiadamente, en el marco de este escrito. En todo caso, me interesará sugerir algunas pistas posibles en relación con qué programa económico adoptar, que esté al servicio de -y que sea consistente con- los principios que he presentado y desarrollado en este trabajo: el autogobierno colectivo y la autonomía personal. Al respecto, aquí van algunas consideraciones iniciales.

Tiendo a pensar, con el economista francés Thomas Piketty, que en el capitalismo existe una tendencia inherente a crear niveles muy altos de desigualdad en el ingreso y en la riqueza (Piketty 2021). Considero con él, también, que esas desigualdades tienden a traducirse luego en desigualdades de poder, y que así contribuyen a reproducir situaciones de injusticia, en donde algunos ganan y otros pierden por razones ajenas a su responsabilidad. En este sentido entiendo, junto a John Rawls, que “cuando las desigualdades de riqueza exceden un cierto límite,” las instituciones destinadas a proteger la “equitativa igualdad de oportunidades” son puestas en riesgo (Rawls 2001, 139). Más todavía, y como dijera Rawls su libro *Justice as Fairness: A Restatement*, esas dificultades no son resueltas, siquiera, en los modelos capitalistas del Estado de Bienestar. Ello así, porque en tales sistemas se permite que “una pequeña clase tenga el cuasi-monopolio de los medios de producción” y se autorizan “grandes disparidades en la calidad de acceso a la enseñanza”. Para Rawls, si no se asegura la dispersión del capital, y tampoco se asegura la permanencia de poderes de negociación equitativos, luego, las “condiciones de trasfondo” (*background conditions*) de una sociedad justa, resultan socavadas (ibid.).

Para Rawls sólo dos modelos de organización económica resultan compatibles con principios de libertad y democracia como los que aquí se defienden: un *socialismo liberal o de mercado* -que no es ajeno al pensamiento de Piketty-; y una *democracia de propietarios* (*property-owning democracy*). Tales sistemas, y no las alternativas prevalecientes, serían los únicos capaces de asegurar que se mantenga la “dispersión de la propiedad de la riqueza y el capital”, y a la vez se respeten principios como los citados. Notablemente, ya en su original “Teoría de la Justicia”, Rawls defendió ambas posibilidades -y no otras- como las únicas consistentes con su visión de la justicia -ello, a pesar de que la doctrina filosófica y política (que desde la publicación de su obra propuso infinitos desarrollos para su teoría), básicamente ignorara o pasara por alto la sección de la obra dedicada a estas dos alternativas.

De las dos propuestas económicas defendidas por Rawls, como compatibles con su “teoría de la justicia,” la del socialismo de mercado tuvo alguna trayectoria mayor. Moldeado bajo los viejos proyectos de Oskar Lange y Fred Taylor, el “socialismo de mercado” fue definido por Elster como “un sistema de cooperativas de trabajadores que toman parte en transacciones de mercado unas con otras” (Elster 1985, 449). Sin embargo, no todos los autores que se ocuparon de esta propuesta la entendieron y caracterizaron del mismo modo.

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

Según un pionero y agudo estudio de Allen Buchanan, el moderno "socialismo de mercado" podría ser distinguido por los siguientes rasgos: a) todos los precios (como adelantáramos), incluidos los de los bienes de producción, son fijados por el mercado; b) el gobierno central desarrolla el plan general de inversiones, recogiendo recursos de impuestos sobre las tasas de ganancia de las empresas. No establece el precio de los bienes; e interviene en la reducción del desempleo; c) las empresas son manejadas por los trabajadores. Ellas compiten entre sí en el mercado del consumo, y además, en la puja por recibir fondos públicos (a una tasa de interés determinada por el estado); d) los trabajadores definen, al interior de cada compañía, qué y cómo producir, y cómo distribuir las ganancias obtenidas; e) todos los trabajadores contribuyen, democráticamente, a la toma de todas las decisiones básicas de la empresa -pudiendo, aún, elegir la delegación de estas decisiones en una autoridad más concentrada (Buchanan 1985, 106). Desde el momento en que fue concebida, esta propuesta fue objeto de múltiples estudios, destinados a examinar la viabilidad de la misma. Obras como la editada por John Roemer y Pranab Bardham, en la materia -*Market Socialism*- representan una gran introducción para quienes están interesados en reflexionar sobre las posibilidades reales de su implementación y funcionamiento, en el marco de sociedades como las nuestras (Roemer & Bardham 1993). Señalo lo anterior, sin embargo, sin olvidar las admoniciones de Gerald Cohen, sobre el mercado y sus límites (en su libro *Why Not Socialism?*, por ejemplo, él señala que: "Todo mercado, aún un mercado socialista, es un sistema predatorio. El intento de ir más allá falló hasta ahora. Pero no creo que, por ello, la conclusión correcta sea la que dice que hay que abandonar el intento.").

Una vertiente similar de este modelo económico socialista aparece defendida, también, por Thomas Piketty, quien -en el último capítulo de su libro *Capital et Idéologie*, se refiere a la misma como "socialismo participativo": un modelo de organización económica en donde los trabajadores ocupan un papel más central y protagónico en el gobierno de las empresas. En sus términos: "El modelo de socialismo participativo propuesto se basa en dos pilares esenciales tratando de superar el sistema actual de propiedad privada, por un lado, mediante la propiedad social y la división de los derechos de voto en las empresas y por otro, mediante la propiedad temporal y la circulación de capital" (Piketty 2019, 1138).⁴⁵

Frente a la alternativa del "socialismo de mercado," la propuesta referida a la "democracia de propietarios" recibió mucha menor atención por parte de la comunidad académica y política. Ello así, aunque ha habido algunos intentos recientes de retomar el estudio de una iniciativa semejante (O'Neill & Williamson 2012). En todo caso, en su trabajo original, de 1971, Rawls tomó el modelo de la democracia de propietarios del economista británico James Meade (Premio Nobel de Economía en 1977). Prontamente, se ocupó también de diferenciar esta propuesta de otros modelos alternativos: el estado de bienestar, el capitalismo de *laissez faire*, el socialismo de estado, y el socialismo liberal (Rawls 2001). En la democracia de propietarios nos encontramos con un sistema que autoriza la propiedad privada, pero en donde ella se encuentra democráticamente distribuida, y en

⁴⁵ Para Piketty, debería entregarse a los trabajadores o sus representantes "la mitad de los derechos de voto en los consejos de administración o de dirección de todas las empresas privadas, incluyendo las más pequeñas" (ibid., 1119).

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

donde además se impide la concentración del poder económico. En dicha sociedad, las instituciones del estado favorecen la distribución equitativa de la propiedad productiva, y aseguran que todos los individuos tengan una igual y equitativa oportunidad de participar en el mercado. En términos de Rawls, las “instituciones de trasfondo” de una “democracia de propietarios” se dedican permanentemente a dispersar la propiedad de la riqueza y el capital, y evitar de ese modo que una pequeña parte de la sociedad controle la economía e indirectamente también la vida política (Rawls 2001, 139). Cómo es que las instituciones de Estado consiguen mantener esa dispersión de la riqueza? Siguiendo a Meade, Rawls piensa sobre todo en dos medios: 1) impuestos progresivos sobre donaciones y sucesiones, y 2) políticas públicas destinadas a promover la igualdad de oportunidades en la educación y formación de las personas (Meade sugería tanto una política fiscal agresiva destinada a asegurar una transferencia de capital entre generaciones, y la redistribución de ese capital de una manera igualitaria, con un particular énfasis en el desarrollo de capital humano y la educación pública). La idea - agrega Rawls- no es simplemente la de “asistir a aquellos que han perdido a partir de algún accidente o desgracia (aunque dicha asistencia deba proveerse) sino la de colocar a todos los ciudadanos en posición de manejar sus propios asuntos desde un lugar de suficiente igualdad social y económica” (ibid.).

En definitiva, los dos modelos económicos aquí presentados -el socialismo liberal en su versión “socialismo de mercado;” la democracia de propietarios, en su versión rawlsiana- nos sugieren, al menos, que existen alternativas atractivas al tipo de capitalismo prevaleciente en una mayoría de nuestras sociedades. Me refiero a alternativas que no requieren caer en las formas autoritarias que fueron propias del “socialismo real;” que a la vez son capaces de ir más allá del capitalismo de estado de bienestar que emergiera en Europa a mediados del siglo xx; y que, sobre todo, resultan plenamente respetuosas de los ideales del autogobierno colectivo y la libertad personal.

c) Asambleas ciudadanas y más allá

Me concentro ahora, también brevemente, en algunas proposiciones para el área constitucional. Al respecto, comenzaría diciendo que no hay un “talle constitucional único,” válido para cualquier tiempo y lugar, ni recetas obvias frente al tipo de problemas que confrontamos. En todo caso, a la luz de los principios de los que partimos (la igual capacidad de cada persona de vivir libremente; la igual posibilidad de cada sociedad, de gobernarse a sí misma); y la irremediable crisis de representación que atravesamos (entendiendo que el sistema institucional que conocemos fue pensado en relación con sociedad que ya no existe), mencionaría algunas alternativas que han ido surgiendo en estos años, y que podrían ayudarnos a responder a las dificultades que enfrentamos, de un modo respetuoso de los principios de los que partimos.

En primer lugar, haría referencia a muchas de las experiencias asamblearias que se han explorado en los últimos tiempos representan una promesa de interés. No se trata del “punto de llegada” de nuestros sueños, ni de la “tierra prometida” que se alcanza por fin,

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

sino lo dicho: una promesa atractiva, si tomamos en cuenta el muy preocupante sitio institucional en donde nos encontramos y desde el cual que partimos. Pienso, en tal sentido, en *asambleas ciudadanas* que hoy nos confirman que la práctica de la conversación entre iguales y la mutua justificación es posible y deseable, aún o particularmente, en el marco de sociedades divididas e imperfectas como las nuestras: en los mejores casos, a través de asambleas ciudadanas institucionalizadas y formalmente bien organizadas (como en Irlanda); en otras ocasiones, a través de asambleas más informales (como en la discusión sobre el aborto, en la Argentina de 2018); y aún también, de forma más modesta y controvertida, a través de “mini-públicos”. En particular, ejemplos exitosos como los promovidos en Irlanda, primero en el 2012 y luego en 2016 (seguramente, los puntos más altos de un largo desarrollo de eventos asamblearios, que tuvieron lugar a lo largo de Occidente durante las tres últimas décadas, Gargarella 2022), nos ayudan a reconocer la potencia y capacidad de las asambleas ciudadanas para la tarea de la *creación constitucional*.

Permítanme dar una muy breve cuenta del caso irlandés (en los dos citados ejemplos de cambio constitucional), dada la riqueza y relevancia de tales experiencias. La primera de las referidas reuniones ciudadanas destinadas a reformar la Constitución tuvo lugar en el 2012. Entonces, se convocó a una Convención Constituyente, que llevaría adelante su tarea entre diciembre de 2012 a marzo de 2014. La Asamblea funcionó con 100 miembros: un presidente; 29 miembros del parlamento, cuatro representantes de los partidos políticos de Irlanda del Norte; y 66 ciudadanos de Irlanda seleccionados al azar, procurando un equilibrio en cuanto a las edades, proveniencia geográfica y género del electorado (de este modo -combinando políticos profesionales y ciudadanos del común, la Convención procuró mejorar el funcionamiento de la -*crowdsourced*- Asamblea Islandesa, que sólo aparecía compuesta por individuos seleccionados al azar). La Convención debía tratar acerca de ocho temas (entre ellos, la reducción del mandato presidencial; la reducción de la edad para votar; el matrimonio de personas del mismo sexo), y luego ella pudo agregar dos más (uno de ellos: derechos económicos, sociales y culturales). La Convención se reunió durante 10 fines de semana por año. Las sesiones de discusión se celebraron a lo largo de todo el territorio irlandés, y los plenarios estuvieron abiertos al público y se transmitieron en vivo. El gobierno estaba obligado a responder formalmente a esas propuestas, aunque no a aprobarlas. Finalmente, varias de las propuestas elaboradas por la Convención fueron tomadas por el gobierno y sujetas a la consideración popular. De los referéndums desarrollados, el más conocido fue el vinculado con la propuesta de matrimonio igualitario, que resultó finalmente aprobada en mayo del 2015. Poco tiempo después, se convocó a una segunda Asamblea de Ciudadanos. Ella fue organizada en el 2016, y compuesta de una manera similar a la Convención de 2012 (un presidente, 33 políticos profesionales, 66 ciudadanos escogidos al azar). La misma debía tratar acerca de siete temas, siendo la cuestión más conocida la relacionada con el derecho al aborto que -siguiendo las recomendaciones de la Asamblea- terminó siendo respaldada popularmente a través de un referéndum, en el 2018.

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

En definitiva, nos encontramos aquí con experiencias de creación constitucional que confirman la posibilidad efectiva, la deseabilidad y el enorme valor de los procesos de discusión pública abiertos, inclusivos, horizontales. La lección que puede derivarse de allí parece clara: en momentos de grave crisis institucional, tiene sentido canalizar las energías cívicas en la renovación constitucional, al menos, en la medida en que se asegure la intervención de la ciudadanía durante ese mismo momento de creación y discusión legal -en lugar de confinarse su intervención a los márgenes de ese proceso, por ejemplo, a través de plebiscitos de “entrada” y “salida”, como ocurre en el modelo del “reloj de arena” propuesto por Elster 1995. Este modelo de creación constitucional -abierto, inclusivo, participativo, deliberativo- representa un extraordinario contraste en relación con modelos como los de Venezuela, Bolivia y -recientemente- Chile, en donde la participación popular, en los hechos, resultó básicamente confinada a un “instante final” (lo que en Chile 2022 se denominó un “plebiscito de salida”). Allí, se le exigió a la ciudadanía ofrecer una respuesta binaria “sí” o “no”, frente a centenares de artículos complejos y diversos en su naturaleza, contenido y carácter. Este tipo de convocatorias, como sabemos ya, ofenden más que honran al tipo de principio democrático que aquí defendemos. Todo está mal en ese particular instrumento institucional, en tanto herramienta que pretende ser inscripta dentro del mapa democrático.⁴⁶

Gracias a ejemplos como los citados, hoy sabemos que las experiencias asamblearias pueden funcionar bien y que, más allá de sus resultados (muchas veces sustantivamente atractivos), resultan experiencias democráticas, enriquecedoras, transformativas: las sociedades salen de allí mucho mejor de cuando entraron en ellas. Dicho esto, agregaría seguidamente una nota importante de cautela. En la actualidad, a la vez que sabemos del valor de tales asambleas, somos conscientes de que, en razón de ese mismo éxito que han logrado, esas experiencias asamblearias ingresaron ya en su “zona de riesgo”, convirtiéndose en un objeto apetecible para los viejos poderes establecidos. Este punto de “alerta” es tan relevante, en la actualidad, como la promesa que esas asambleas ciudadanas representan. Otra vez: tenemos que ponernos en guardia frente al esperado fenómeno de *colonización* de las nuevas instituciones, por parte de las instituciones y autoridades ya establecidas. Tal vez no haya ejemplo más llamativo de esa “colonización de lo nuevo por lo viejo”, que la resistencia mostrada por el Parlamento Islandés frente a la Constitución -“hecha por la ciudadanía”- de Islandia (2010-2013): se trató de un experimento de creación constitucional de base puramente popular (un experimento que concitó el fervor popular interno, tanto como la atención y la admiración internacional),

⁴⁶ Menciono tres críticas, para comenzar: i) resulta absurdo someter a un “sí” o “no” a un documento de cientos de artículos, que llama a nuestra opinión sobre cada una de esas cláusulas (las presentes y las ausentes); ii) ese tipo de opciones binarias sobre textos complejos y contradictorios, generan la obvia posibilidad de que queramos apoyar a algunas de las cláusulas adoptadas, a la vez que rechazar a varias otras (lo que denominé más arriba el riesgo de la “extorsión electoral”), lo cual representa una posibilidad muy atractiva para líderes autoritarios (dispuestos a auto-beneficiarse ofreciendo “derechos como sobornos”); iii) la presencia de esa “consulta final” a la ciudadanía, incentiva a (y viene a justificar) que el proceso de creación sea realizado a “puertas cerradas”, porque “finalmente, la ciudadanía tendrá su chance de hablar”.

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

que -en su sentido formal- terminó resultando abortado por el “viejo” Parlamento, una vez que la crisis socio-económica que había dado lugar al proceso constituyente menguó, y las cuestionadas instituciones tradicionales recobraron algo de su pérdida legitimidad.

Dentro de ese marco constitucional que necesita ser reconstruido, una pregunta fundamental -habitualmente no considerada- tiene que ver con la pertinencia, en actuales contextos, del viejo esquema de organización de poderes (la tríada de poderes *Ejecutivo, Legislativo, Judicial*) que hoy sigue siendo característica y dominante, dentro de nuestras democracias constitucionales (un punto similar en Ackerman 2000, *The New Separation of Powers*). Por supuesto, cuestionar y repensar la tríada de poderes (en qué sentido responden al tipo de sociedades que tenemos a los problemas y dramas que hoy enfrentamos?) no significa abrir la puerta a formas autoritarias o no democráticas de poder: todo lo contrario. Los principios de los que partimos exigen cambios institucionales profundos, radicales, pero en una dirección decisivamente más democrática que la actual, y en donde esa idea de democracia, además, aparece íntimamente vinculada con procesos colectivos, inclusivos, de discusión pública. Desde esta particular perspectiva, la alternativa del poder concentrado -propia de los modelos de tipo presidencialista- resulta simplemente inaceptable, ya que ella contradice por completo el sentido y propósito de lo que aquí se sugiere. De modo similar, las formas tradicionales de organización del Poder Legislativo y Judicial resultan, por otras razones, igualmente cuestionables. Por un lado, no tiene sentido contar con centenares de legisladores desvinculados de sus electores; irresponsables frente a la ciudadanía; empeñados en expandir sus propios beneficios; incentivados institucionalmente a repartir privilegios y mutuas protecciones con los miembros de las otras ramas de gobierno. En efecto, una vez que se abandona, por irrealizable, el ideal del legislativo como “espejo de la sociedad”, y mucho más cuando el control de las autoridades se imposibilita, resulta claro que las formas de la representación ciudadana deben ser re-pensadas, a los fines de canalizar la voz pública de otra forma (de allí, otra vez, el atractivo de las asambleas ciudadanas convocadas para temas específicos). Por otro lado, tampoco tiene sentido seguir concibiendo al Poder Judicial como todavía lo hacemos hoy, en los contextos más diversos. Es decir, un Poder Judicial capacitado para ocuparse de *todas* las cuestiones constitucionales relevantes; habilitado a pronunciar sobre ellas (en los hechos) la *última palabra* legal; que actúa en base a supuestos conocimientos diferenciales (*elitismo epistémico*); y lo hace -institucionalmente- de un modo desvinculado de la sociedad (“*too far removed*”): básicamente ajeno a sus intervenciones, desacuerdos y controles. En todos sus aspectos remanentes, la estructura judicial debe considerarse hoy como una estructura fallida, llamada a su radical reconstrucción. Y, a la hora de repensar esas estructuras judiciales, deberemos abandonar el modelo teórico hoy prevaleciente -basado en el ideal filosófico que vincula la imparcialidad con la reflexión aislada de los individuos más preparados- para comenzar a fundar la imparcialidad/justicia del modo contrario -esto es, vinculando a la misma con procesos de reflexión colectiva.

Por supuesto, en sociedades compuestas por millones de personas, resulta obviamente imposible la alternativa de juntarnos todos, todo el tiempo, para discutir todos nuestros *Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

problemas, en la plaza pública (o frente a nuestras computadoras): ni para resolver nuestros miles de problemas administrativos, ni para decidir todos los conflictos que se generen entre nuestros co-ciudadanos.⁴⁷ Indudablemente, y por razones de *división del trabajo* (y no por otras vinculadas con nuestra supuesta carencia de habilidades intelectuales) necesitamos delegar ciertas tareas en el funcionariado estatal, y en cuerpos administrativos predeterminados.

Tal vez, entonces, en un primer nivel, básico, de nuestra organización común, debemos contar con cuerpos administrativos y magistrados dedicados a llevar adelante la “administración de las cosas”: desde la recaudación de impuestos a la resolución de conflictos individuales. En materia judicial, muchas decisiones de importancia “local” pueden quedar en manos de *jurados populares*, que en todo el mundo han demostrado tanta sensatez como la que pueden demostrar los jueces profesionales, pero más parsimonia que ellos. Ello, a pesar de que, en la actualidad, su funcionamiento se encuentre indebida e inaceptablemente confinado (confinado a cuestiones penales graves, y a respuestas binarias del tipo “culpable” “no -culpable”), y aunque parte de la doctrina penal “progresista” se pronuncie contra ellos.⁴⁸ Los jurados -para cuestiones que excedan la materia penal, y con responsabilidades mayores- pueden resultar, además, una herramienta excepcional como herramienta de construcción de civilidad, como bien lo entendiera Tocqueville. Los jurados populares -cabe subrayarlo- en absoluto implican la “justicia por aclamación”, o la “justicia a partir de pasiones”: ellos son, por el contrario, la demostración viva del valor de *procedimientos* bien diseñados -procedimientos que obligan a los jurados a revisar las pruebas; a escuchar a las voces en conflicto; a mirar a los ojos a los imputados; etc.

En un segundo nivel, superior, las decisiones más relevantes de nivel local (desde qué nivel de impuestos fijar, a cómo o dónde invertir los recursos comunes, o cómo posicionarse frente a proyectos mineros capaces de dañar el ecosistema), pueden quedar en manos de asambleas limitadas en número, al estilo de los *mini-públicos*, o de la comunidad entera, recuperando arraigada tradición democrática de las *town meetings* o de los *cabildos* comunales. Finalmente, y ya cerca del vértice de la pirámide decisoria, las decisiones políticas más divisivas y/o más relevantes para la comunidad, tanto como los conflictos de interpretación constitucional más importantes (i.e., cómo pensar los límites entre lo público y lo privado; los contenidos y alcances de los derechos

⁴⁷ Digo lo anterior, también, con cierta ironía y cierto escepticismo frente a los intentos de la “democracia electrónica,” que no sólo invitan dinámicas de polarización difíciles de remediar (Sunstein 2009), sino que apuestan a formas de decisión sin deliberación, que resultan incompatibles con los ideales de la “conversación entre iguales”.

⁴⁸ Frente a intentos concretos de poner en práctica la institución del jurado, Zaffaroni sostuvo que debía verse a una iniciativa tal como un “disparate”, capaz de dar lugar a “una demagogia vindicativa y a una corrupción terrible” que permitiría la victoria de “los ignorantes, solventados por intereses de los poderosos o vendidos a ellos” Ver, por ejemplo, <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-211819-2013-01-14.html> (consultado el 8 de junio del 2013). En Zaffaroni 1994, sin embargo, no niega la posibilidad del jurado.

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

fundamentales), pueden quedar sujetas a debates públicos y procesos decisorios inclusivos, como los expresados en las referidas *asambleas ciudadanas*, u otros similares.⁴⁹ Tales debates pueden ser estimulados, ayudados o coordinados por las instituciones de representación y delegación de autoridad, pero la discusión de fondo, y la decisión final sobre tales cuestiones, debe quedar, en todo caso, en manos de sus dueños: la ciudadanía misma.

c) Algo de lo que ahora sabemos

El socialismo nos “relewa de la sórdida necesidad de vivir para otros (Oscar Wilde, 1891)

El socialismo es nuestra última tentativa de dejar atrás para siempre la “etapa predatoria del desarrollo humano” (Einstein, 1949).

Comenzamos este escrito aludiendo al tipo de problemas “democráticos” que enfrentamos, desde hace décadas -problemas caracterizados, típicamente, por una crisis, en cierta medida irremediable, del sistema institucional; levantamientos populares; una angustiosa y fallida búsqueda de alternativas institucionales. Aludimos, entonces, a algunos ejemplos salientes, capaces de ilustrar bien esos procesos de crisis: el ejemplo del *caracazo* en Venezuela (1989); el del *que se vayan todos* en la Argentina (2001); el de los *indignados* en España (2011); el de la búsqueda de la *reelección*, a todo costo, en Bolivia (2019); el del *estallido* social en Chile (2019). Tales ilustraciones nos ayudaban a reconocer, también, y en particular, lo fallido de las respuestas sociales e institucionales ofrecidas en cada caso (también, sino especialmente, desde la izquierda) ante la debacle del sistema de gobierno.

Mi expectativa es la de que, al concluir esta obra, hayamos quedado en mejores condiciones de reconocer por qué aquellas respuestas resultaron inatractivas o implausibles; y hacia dónde podríamos dirigirnos, en la actualidad, en busca de alternativas. En el marco de tales discusiones, el “derecho de izquierda” aparece como un medio para perfeccionar el análisis de los problemas que afectan hoy a nuestras democracias constitucionales; calibrar mejor nuestras críticas frente a ellos; y valorar e imaginar de otro modo las alternativas institucionales disponibles. Más específicamente, los desarrollos que he presentado en las páginas anteriores, en nombre del “derecho de izquierda”, nos ayudan a entender mejor (o así lo espero, al menos), cuestiones como las siguientes,

⁴⁹ Las decisiones del caso incluyen no sólo temas de controversia política, sino también asuntos de responsabilización sobre las autoridades públicas (asuntos hoy reservados a la propia clase dirigente, más interesada en la auto-protección del conjunto, o el castigo al adversario, que en cuestiones de transparencia institucional).

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

- por qué el ideal del autogobierno exige *democratizar a un constitucionalismo* que, con el paso del tiempo, fue convirtiéndose en una restrictiva coraza sobre la democracia;
- por qué el ideal de la autonomía personal insiste en la protección de la *moral personal* o, en otros términos, por qué que el fortalecimiento democrático no debe hacerse aceptando el costo de la restricción de las libertades personales (una alternativa -la del socavamiento de los derechos individuales- que no resulta ni lógica ni políticamente necesaria para revigorizar la democracia);
- por qué puede considerarse que el viejo sistema institucional -montado sobre una idea *arcaica de la división de poderes* entre las ramas Ejecutiva, Legislativa y Judicial (en donde la ciudadanía, que debería ser protagonista, aparece desplazada del poder, en la práctica)- ha fallado en la práctica (así, en cuanto sistema diseñado para una sociedad que ya no existe, ni volverá a existir; y para responder a problemas públicos que no son los principales problemas que hoy nos afectan); y por qué resulta normativamente inaceptable (y, en tal sentido, por qué merece ser reemplazado por un modelo diferente);
- por qué debemos re-fundar sobre otras bases filosóficas a un constitucionalismo (y, en particular, a un sistema judicial), hoy apoyado en *ideas elitistas* y de “*desconfianza democrática*” hacia la ciudadanía (y, en los casos más preocupantes, en la superioridad epistémica de ciertos funcionarios y magistrados);
- por qué la reconstrucción de la división de poderes requiere *rechazar* -en lugar de “optar por”- la delegación y *concentración del poder* en uno o unos pocos (una posibilidad -la de la concentración del poder en el Ejecutivo- que representa directamente la antítesis del ideal del autogobierno democrático);
- por qué el *viejo sistema representativo ha perdido razón de ser*, y ya no sirve para los propósitos que fue creado, porque no puede hacerlo: el tipo de sociedad que se pretendió representar en un momento (poco numerosa, dividida en un número limitado de grupos, internamente homogéneos) ya no existe más, ni puede volver a existir, en el marco de nuestras comunidades fundamentalmente “multiculturales”;
- por qué el sistema del *voto periódico* merece ser trascendido en parte (ya que la democracia no trata sólo, ni sobre todo, de votar, sino de conversar, y el voto tiende a impedir o reemplazar a la conversación), y dejado de lado en parte, a la luz de los problemas que genera sobre el electorado (como el de la *extorsión electoral*, en donde se fuerza al electorado a votar por aquello que tal vez repudia, como modo de hacer posible -tal vez- la concreción de aquello que demanda);
- por qué no debe confundirse la propuesta de “más democracia,” con la de establecer un sistema “*plebiscitario*” o “*populista*” (en donde el papel democrático de la ciudadanía aparece restringido al acto de votar -y aunque se trata de “votar más veces”);

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

- por qué el sistema de “frenos y contrapesos” (un sistema diseñado, desde sus orígenes, para “canalizar institucionalmente la guerra civil”), debe ser reemplazado por otro funcional al diálogo público (ya que, de lo que se trata, es de utilizar las *instituciones no para evitar la guerra, sino para promover el diálogo*);
- por qué la democracia constitucional debe considerarse injusta o injustificada, cuando permite que algunos de los individuos o grupos que la integran sufran por razones ajenas a su responsabilidad; o convive con situaciones en las que algunos grupos -llámense “pobres”; “mujeres”; “comunidades indígenas”- son tratados como sub-clases o castas, permitiendo que *diferencias moralmente irrelevantes se conviertan en desventajas sistémicas*;
- por qué el sistema institucional debe *dejar de funcionar a partir de* (o, fundamentalmente, a partir de) el *combustible del “autointerés,”* y comenzar a abrir oportunidades para el involucramiento cívico de la ciudadanía (en este sentido, “apostar al cultivo de la virtud cívica”);
- por qué ciertos actos de *protesta contra-institucional* (o aún ciertos actos de “*resistencia al derecho*”) merecen ser reivindicados, antes que perseguidos, desde un compromiso fuerte con la democracia y los derechos (particularmente, cuando el sistema institucional deja de ser sensible a las quejas y críticas ciudadanas);
- por qué los arreglos económicos forman parte de la misma “estructura básica” que los arreglos constitucionales, y por qué alternativas como las del “*socialismo de mercado*” o la “*democracia de propietarios*” aparecen, en principio, como más respetuosas de nuestros compromisos con la democracia y con la libertad personal, frente a los arreglos institucionales hoy prevalecientes;
- por qué, en definitiva, tiene sentido moldear el constitucionalismo conforme a los principios propios de la “*conversación entre iguales*”.

Las bases jurídicas de nuestros países se erigieron teniendo en mente problemas que no son los que hoy más nos preocupan (fueron, en cambio, los de evitar la guerra civil entre facciones; la cuestión religiosa; etc.); pensando en sociedades que no son las actuales, sino otras que ya no existen ni volverán (sociedades pequeñas, divididas en pocos grupos internamente homogéneos -ricos y pobres; mayorías y minorías; grandes y pequeños propietarios; etc.); y a partir de supuestos (elitistas, por lo general) que hoy directamente repudiamos (por ejemplo, supuestos de desconfianza hacia la ciudadanía; moralmente perfeccionistas; etc.). Frente a tales diseños institucionales, el “derecho de izquierda” reclama fundar el derecho sobre ideas y principios diferentes. El “derecho de izquierda” demanda que el derecho se oriente a atender, prioritariamente, los “dramas” de nuestro tiempo (i.e., la desigualdad); y que lo haga tomando como punto de partida sociedades como las que hoy existen (sociedades fundamentalmente “multiculturales”, compuestas por miles de grupos internamente heterogéneos); y en base a supuestos por completo diversos: indeclinable respeto por las opciones morales de cada uno, plena confianza en la capacidad colectiva para el autogobierno democrático.

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

BIBLIOGRAFIA

Agrego a continuación la literatura en que he apoyado el Manifiesto, a la que organizo en torno a tres de los ejes principales en que se divide este escrito.

Democracia, crisis democrática y cambio institucional

Ackerman, B. (2000), “The New Separation of Powers”, *Harvard law review*, ISSN 0017-811X, Vol. 113, N° 3, 2000,

Barber, B. (1984), *Strong Democracy*, California: University of California Press.

Bentham, J. (2022), *The Book of Fallacies*, London: Legare Street Press.

Besson, S. & Marti, J.L. (2017), *Deliberative democracy and its discontents*, London: Routledge.

Brennan, G.; Lomasky, L. (2008), *Democracy and Decision*, Cambridge: Cambridge University Press.

Brennan, J. (2017), *Against Democracy*, Princeton: Princeton University Press.

Brest, P. (1980), “The Misconceived Quest for the Original Understanding”, 60 *B.U.L.Rev* 204.

Buchanan, A. (1985) *Ethics, Efficiency, and the Market*, N. Jersey: Rowman & Allanheld.

Buchanan, J. & Tullock, G. (1999), *The Calculus of Consent*, Indianapolis: Liberty Fund Press.

Colon-Ríos, J. (2020), *Constituent Power and the Law*, Oxford: Oxford University Press.

Crozier, M., Huntington, S., Watanuki, J. (1975), *The Crisis of Democracy: Report on the Governability of Democracies to the Trilateral Commission* Paperback, New York: New York University Press.

Dahl, R. (1956), *A Preface to Democratic Theory*, Chicago: The University of Chicago Press.

Dahl, R. (1989), *Democracy and its critics*, New Haven: Yale University Press.

Dahl, R. (2003), *How democratic is the American Constitution?* Conn.: Yale University Press.

Elster, J. (1995), Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process, 45 *Duke Law Journal*, 364-396.

Elster, J. (1998), *Deliberative Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press.

Elster, J. (2000), *Ulysses Unbound*, Cambridge: Cambridge University Press.

Elster, J. & Slagstad, R. (1993), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press.

Farrand, M., ed. (1937), *The Records of the Federal Convention of 1787*, New Haven, Conn., Yale University Press.

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.



Funded by
the European Union



erc
European Research Council
Established by the European Commission



Universitat
Pompeu Fabra
Barcelona

Farrell, D.; Suiter, J.; Harris, C. (2019), “Systematizing constitutional deliberation: the 2016-18 citizens’ assembly in Ireland”, *Irish Political Studies* vol. 34, n. 1, 113-123.
Frankenberg, G: (2021), *Authoritarianism: Constitutional Perspectives*, London: Elgar Press.

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

- Gargarella, R. (1996), *Nos los representantes*, Buenos Aires: Miño y Dávila.
- Gargarella, R. (2010), *The Legal Foundations of Inequality*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Gargarella, R. (2013), *Latin American Constitutionalism*, Oxford: Oxford University Press.
- Gargarella, R. (2014) “La izquierda que no es. Sobre el concepto de “izquierda” en The
- Gargarella, R. (2021), *El derecho como una conversación entre iguales*, Buenos Aires: Siglo xxi.
- Gargarella, R. (2022), *The Law as a Conversation Among Equals*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Gervasoni, C. (2018), *Hybrid Regimes within Democracies: Fiscal Federalism and Subnational Rentier States*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Gutman, A. (1993), “Democracy,” en R. Goodin & P. Pettit, *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, Oxford: Blackwell.
- Habermas, J. (1975), *Legitimation crisis*, New York: Beacon Press.
- Habermas, J. (1996), *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory on Law and Democracy*, Cambridge: MIT Press.
- Habermas, J. (2001), “Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles?”, *Political Theory* 29, n. 6: 767.
- Hamilton, A.; Madison, J. & Jay, J. (1982), *The Federalist Papers*, London: Bantam Books.
- Holmes, S. (1993) "Precommitment and the Paradox of Democracy" in Jon Elster and Rune Slagstad's *Constitutionalism and Democracy* (Cambridge: Cambridge University Press).
- Huntington, S. (1983), *American Politics: The Promise of Disharmony*, Cambridge: Harvard University Press.
- Lafont, C. (2020), *Democracy without Shortcuts. A Participatory Conception of Deliberative Democracy*, Oxford: Oxford University Press.
- Landemore, H. (2013), *Democratic Reason*, Princeton: Princeton University Press.
- Landemore, H. (2020), *Open democracy. Reinventing popular rule for the Twenty-First Century*, Princeton: Princeton University Press.
- Levinson, S. (2008), *Our Undemocratic Constitution*, Oxford: Oxford University Press.
- Levitsky, S. (2022), "Restoring Democracy in a Multiracial Society" *California Law Review*.
- Levitsky, S. & Roberts, K. (eds.) (2011), *The Resurgence of the Latin American Left*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press.
- Levitsky, S.; Ziblatt, D. (2018), *How Democracies Die*, New York: Crown.
- Linz, J. & Stepan, A. (1978), *The Breakdown of Democratic Regimes*, Baltimore: The John Hopkins University Press.
- Linz, J. & Valenzuela, A. (1994), *The Failure of Presidential Democracy*, Baltimore: The John Hopkins University Press.
- Loughlin, M. (2022), *Against Constitutionalism*, Cambridge: Harvard University Press.
- Manin, B. (1987), “On Legitimacy and Political Deliberation,” *Political Theory*, vol. 15, issue 3, August.
- Manin, B. (1997), *The Principles of Representative Government*, Cambridge: Cambridge University Press.

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

- Mansbridge, J. (2018), *Participation, Deliberation, Legitimate Coercion*, London: Routledge (ed. by M. Williams)
- Martinico, G. (2021), *Filtering Populist Claims to Fight Populism: The Italian Case in a Comparative Perspective*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Murillo, V., Oliveros, V. & Vaishnav, M. (2011), “Economic Constraints and Presidential Agency”, en Steven Levitsky y Kenneth Roberts (eds.), *The Resurgence of the Latin American Left*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, pp. 52-70.
- Nino, C. (1987), ed., *Presidencialismo vs. Parlamentarismo*, Buenos Aires: Consejo para la Consolidación de la Democracia.
- Pettit, P. (2014), *Just Freedom*, London: Norton & Co,
- Pettit, P. (2012), *On the People's Terms*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Peruzzotti, E. (2021), “La teoría democrática de Laclau y sus limitaciones: Analizando al populismo como ejercicio de poder”, *PolHis*, año 14, n. 27, pp. 68-98.
- Pincione, G. & Tesón, F. (2017), *Rational Choice and Democratic Deliberation*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Posner, E. & Vermeule, A. (2010) *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*, Oxford: Oxford University Press.
- Schumpeter, J. (2008), *Capitalism, Socialism and Democracy*, London: Harper Classics.
- Suteu, S. (2015), “Constitutional Conventions in the Digital Era: Lessons from Iceland and Ireland,” *Boston College International and Comparative Law Review*, volume 38, issue 2, 251.
- Suteu, S. & Tierney, S. (2018), “Squaring the Circle? Bringing Deliberation and Participation Together in Processes of Constitution-Making”, in R. Levy et al, eds., *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Urbainati, N. (2008), *Representative Democracy*, Chicago: The University of Chicago Press.

Derechos, poder judicial y protesta

- Abramovich, V.; Courtis, C. (2002), *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid.
- Abramovich, V. & L. Pautassi (2009), comps., *La revisión judicial de las políticas sociales*, Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Ackerman, B. (1991), *We the People*, Cambridge: Belknap Press.
- Ackerman, B. (2018), *The Civil Rights Revolution*, Cambridge: Harvard University Press.
- Alexy, R. (2002), *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- Alexy, R. (2003), “Balancing, constitutional review, and representation,” *Int J Const Law* (2005) 3 (4): 572-581.

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.



Funded by
the European Union



erc
European Research Council
Established by the European Commission



Universitat
Pompeu Fabra
Barcelona

- Alexy, R. (2021), *Law's Ideal Dimension*, Oxford: Oxford University Press.
Atienza, M. (2018), *Marx y los derechos humanos*, Lima: Palestra.
Atria, F. (2016), *La forma del derecho*, Marcial Pons, Madrid.
Bedau, H. (1961), "On Civil Disobedience," *Journal of Philosophy*, vol. 58, 653-665.

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

- Bedau, H. (1991), "Punitive Violence and Its Alternatives," in J. Brady and N. Garver, eds., *Justice, Law, and Violence*, Philadelphia: Temple University Press, pp. 193-209.
- Bellamy, R. (2007) *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Besson, S. & Tasioulas, J. eds. (2008), *Philosophy of International Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Bickel, A. (1962), *The Least Dangerous Branch*, New Haven: Yale University Press.
- Braithwaite, J. (1997), "On Speaking Softly and Carrying Big Sticks," 47 *Toronto L. J.* 305.
- Braithwaite, J. & Pettit, P. (1990), *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Law*, Oxford: Clarendon Press.
- Carrera, M.L., Saralegui, N., Orrego Hoyos, G. (2020), *Dicen que tuve un bebé*, Buenos Aires: Siglo XXI.
- Christie, N. (1977), "Conflicts as Property," *The British Journal of Sociology*, vol. 17, n. 1, 1-15.
- Christie, N. (1981), *Limits to Pain*, Oxford: Martin Robertson and Co. Ltd.
- Contesse, J. (2016), Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System (April 1), *Law & Contemporary Problems*, Vol. 79(2), 2016, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2799476>
- Cover, R. (1985), "Violence and the Word", 95 *Yale L.J.* 1601 1985-1986.
- Dixon, R. (2018), "Constitutional rights as bribes," *Connecticut Law Review* 50 (3), 767-818.
- Dixon, R. & Jackson, V. (2013), "Constitutions Inside Out: Outsider Interventions in Domestic Constitutional Contests", 48 *Wake Forest L. R.* 49.
- Duff, A. (1998), "Law, Language and Community: Some Preconditions of Criminal Liability," 18 *Oxford Journal of Legal Studies* 189-206.
- Duff, A. (2001), *Punishment, Communication, and Community*, Oxford: Oxford University Press.
- Duff, A. (2004), "I Might be Guilty, But You Can't Try Me: Estoppel and Other Bars to Trial," 1 *Ohio St. J. Crim. L.* 245.
- Duff, A. (2008), "Authority and Responsibility in International Criminal Law," to appear in S. Besson and J. Tasioulas, eds., *Philosophy of International Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Dworkin, R. (1978), *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1985), *A Matter of Principle*, Cambridge: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1996), *Freedom's Law*, Cambridge: Harvard University Press.
- Dyzenhaus, D. (1997), "Legal Theory in the Collapse of Weimar," 91 *The American Political Science Review*, 1, 121-134.
- <http://users.clas.ufl.edu/dcothran/PoliticalScience/Examples/LegalTheory.pdf>
- Dyzenhaus, D. (2004), "The Left and the Question of Law," 17 *Can. J.L. & Jurisprudence*, 7.
- Dyzenhaus, D. (2010), *Hard Cases in Wicked Legal System*, Oxford: Oxford University Press.
- Dyzenhaus, D. (2012), "Constitutionalism in an old key: Legality and constituent power", *Global*
- Ely, J. (1980), *Democracy and Distrust*, Cambridge: Harvard University Press.

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

- Engels, F. (2009), *The condition of the working class in England*, Oxford: Penguin, Oxford Classics.
- Escasena, J. (1984), *La evolución de la legalidad en Cuba*, La Habana: Editorial de Ciencias Sociales.
- Fabbrini, F. (2015), “The Margin of Appreciation and the Principle of Subsidiarity: A Comparison,” en M. Andenas, E. Bjorge, G. Bianco, eds., *A Future for the Margin of Appreciation?*
- Fabre, C. (2000), *Social rights under the Constitution. Government and the Decent life*, Oxford University Press, Oxford.
- Feinberg, J. (1985), *Harm to Others*, Oxford: Oxford University Press.
- Ferrajoli, L. (2013), *La democrazia attraverso i diritti*, Laterza.
- Ferrajoli, L. (2016), “Entrevista,” *Semana*, 25-10-2016,
<https://www.semana.com/nacion/articulo/jurista-italiano-luigi-ferrajoli-dice-que-plebiscito-no-era-necesario/501096/>
- Filmer, R. (2021), *Patriarcha*, London: Imperium Press.
- Fiss, O. (1976), “Groups and the Equal Protection Clause,” *5 Philosophy & Public Affairs*, 107, 147-70.
- Fossum, J. & Schlesinger, P., eds. (2007), *The European Union and the Public Sphere: A Communicative Space in the Making?*, London: Routledge Studies.
- Gargarella, R. (2005), *El derecho a resistir el derecho*, Buenos Aires: Miño y Dávila.
- Gargarella, R. (2019), *Castigar al prójimo*, Buenos Aires: Siglo XXI.
- Gargarella, R. (2020), “From “democracy and distrust” to a contextually situated dialogic theory”, *International Journal of Constitutional Law*, vol.18, Issue 4, December 2020, pp. 1466–1473, <https://doi.org/10.1093/icon/moaa094>
- Gargarella, R.; Domingo, P.; Roux, T. (2017) *Courts and Social Transformation in New Democracies*, London: Routledge.
- Gargarella R., Filippini L., Cavana, A. (2011), *Recientes reformas constitucionales en América Latina*, Reporte UNDP.
- Glendon, M.A. (1993), *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*, New York: Free Press.
- Hampton, J. (1993), “Contract and Consent,” en R. Goodin & P. Pettit, *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, Oxford: Blackwell.
- Hart, H. (1968), *Punishment and Responsibility*, Oxford: Oxford University Press.
- Huneus, A. (2011), “Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court’s Struggle to Enforce Human Rights,” *Legal Studies Research Paper Series*, n. 1168, University of Wisconsin Law School.
- Iglesias Vila, M. (2013), “Una doctrina del margen de apreciación estatal para el CEDH: En busca de un equilibrio entre democracia y derechos en la esfera internacional,” presented at SELA, en
http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Iglesias_CV_Sp_20130314.pdf
- Kymlicka, W. (1993), “The Social Contract Tradition,” en P. Singer, *A Companion to Ethics*, Oxford: Blackwell.
- Kymlicka, W. (1996), *Multicultural citizenship*, Oxford: Oxford University Press.
- Langford, M. (2008), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Locke, J. (2016), *The First & Second Treatises of Government*, London: Independent

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

Publishing Platform.

- Murphy, J. (1973), "Marxism and Retribution," *Philosophy and Public Affairs* 2, 217-43.
- Nino, C. (1991), *The Ethics of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- Nino, C. (2017), *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires: Astrea.
- Nozick, R. (1973), *Anarchy, State and Utopia*, Cambridge: Harvard University Press.
- Post, R. & Siegel, R. (2007), "Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash," *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 42: 373.
- Rodríguez-Garavito, C. (2011), "Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America", *Texas Law Review*, vol. 89, n. 7, 1669-1698.
- Rodríguez-Garavito & Arenes, L. (2005), 'Indigenous rights, transnational activism, and legal mobilization: The struggle of the U'wa people in Colombia,' in B. de Sousa Santos, & C.A. Rodríguez-Garavito (eds), *Law and Globalization from Below*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Rosenberg, G. (1991), *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* Illinois: The University of Chicago Press.
- Rouaix, P. (1959), *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución política de 1917*, México: Biblioteca del Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana.
- Sayeg Helú, J. (1974), *El constitucionalismo social mexicano*, 3 vols., México: Edición de Cultura y Ciencia Política.
- Scalia, A. (1997), *A Matter of Interpretation*, Princeton: Princeton University Press.
- Scalia, A. (2005), "Law and Language," *First Things* 11.
- Scanlon, T. (1984), "Rights, Goals and Fairness", en J. Waldron, ed., *Theories of Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- Skinner, Q. (1998), *Liberty before liberalism*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Somin, I. (2013), *Democracy and Political Ignorance*, California: Stanford Law and Politics.
- Strauss, D. (2010), *The Living Constitution*, Oxford: Oxford University Press.
- Sunstein, C. (2006), *The Second Bill of Rights*, New York: Basic Books.
- Sunstein, C. (2009), *Republic.com 2.0*, Princeton University Press.
- Tonry, M. (1995), *Malign Neglect. Race, Crime, and Punishment*, New York: Oxford University Press.
- Uprimny, R.; Rodríguez Garavito, C.; García Villegas, M. (2006), *Justicia para todos?* Bogotá: Ed. Norma.
- Von Hirsch, A. (1976), *Doing Justice*, New York: Hill and Wang.
- Waldron, J. (1999), *Law and Disagreement*, Oxford University Press.
- Zaffaroni, E. (1988), *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. (2013), Entrevista: "El desafío de repensar lo judicial", en Página 12 <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-211819-2013-01-14.html>
- Zaffaroni, E. (2014), Infobae, 21-4-2014, <https://www.infobae.com/2014/04/21/1558841-zaffaroni-pidio-no-debatir-el-nuevo-codigo-penal-en-la-esquina-o-los-medios-comunicacion/>

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.



Funded by
the European Union



erc
European Research Council
Established by the European Commission



Universitat
Pompeu Fabra
Barcelona

Lecturas críticas sobre el derecho, cambio social y socialismo

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

- Arendt, H. (2018), *La Libertad de ser libres*, Madrid: Taurus.
- Aylmer, G., ed. (1975), *The Levellers in the English Revolution*, Ithaca: Cornell University Press.
- Azcuy, H. (2010), *Análisis de la Constitución Cubana y otros ensayos*, Instituto Cubano de Investigación: Ruth Casa Editorial.
- Balkin, J. (1995), "Populism and Progressivism as Constitutional Categories," 104 *Yale Law Journal* 1935.
- Bilbao, F. (1886) *El gobierno de la libertad*, edited by Manuel Bilbao, vol. I, Imprenta de Buenos Aires.
- Blalock, C. (2022), "Law and the Critique of Capitalism", *South Atlantic Quarterly*, vol. 121, n. 2.
- Bobbio, N. (1995) *Destra e Sinistra. Ragioni e significati di una distinzione política*, Roma: Donzelli Editore, 2a. ed.
- Bobbio, N. & Matteucci, N., eds. (1981), *Diccionario de Política*, Madrid: Siglo XXI.
- Bogdanor, V., ed. (1987), *The Blackwell Encyclopaedia of Political Institutions*, Oxford: Basil Blackwell.
- Bonger, W. (2019), *Criminality and Economic Condition*, London: Wentworth Press.
- Cole, G.D.H. (2020), *Historia del pensamiento socialista*, vol.1, México: Fondo de Cultura Económica.
- Cohen, G. (1979) "The Labor Theory of Value and the Concept of Exploitation," *Philosophy and Public Affairs* 8, n. 4.
- Cohen, G. (1995), *Self-Ownership, Freedom and Equality*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Cohen, G. (2010), *Why not Socialism?* Princeton: Princeton University Press.
- Cohen, J. (2010), *Rousseau. A Free Community of Equals*, Oxford: Oxford University Press.
- Cone, C. (1968), *The English Jacobins*, New York: Scribner.
- Einstein, A. (1949) "Por qué socialismo?" *Monthly Review*, N.York.
- Elster, J. (1985), *Making Sense of Marx*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Elster, J. (1988), *Ulysses and the Sirens. Studies in Rationality and Irrationality*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Elster, J. (1990), *An introduction to Karl Marx*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Fernández-Rubio Legrá, A. (1985), *El Proceso de Institucionalización de la Revolución Cubana*, La Habana: Editorial de Ciencias Sociales de la Habana.
- Ferrara, G. (1979), ".Democrazia e Stato del capitalismo maturo. Sistemi elettorali e di governo," in *Democrazia e diritto*, 4-5/540.
- 22 Sulla logica delle espulsioni nelle dinamiche
- Fishkin, J. & Forbath, W. (2022), *The Anti-Oligarchy Constitution*, Cambridge: Harvard University Press.
- Forner, P., ed. (1945), *The Complete Writings of Thomas Paine*, New York: The Citadel Press.
- Forst, R. (2013), *Justification and Critique: Towards a Critical Theory of Politics*, New York: Polity Press.
- Fronzizi, S. (1961), *La revolución cubana*, Montevideo: Editorial Ciencias Políticas.

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

- Gago, V. (2019), *La potencia feminista: O el deseo de cambiarlo todo*, Madrid: Traficantes de Sueños.
- Gargarella, R. (1999), *Las teorías de la justicia después de Rawls*, España: Paidós.
- Gargarella, R. (2014) “La izquierda que no es. Sobre el concepto de “izquierda” en The Resurgence of the Latin American Left,” *Política y Gobierno*, vol. xxi, n.2, pp. 443-477.
- Gazmuri, G. (1992), *El "48" chileno. Igualitarios, reformistas, radicales, masones y bomberos*, Santiago de Chile: Ed. Universitaria.
- Groppi, T. (2021), *Oltre le gerarchie: In difesa del costituzionalismo sociale*, Roma: Laterza.
- Gootenberg, P. (1993), “Imagining Development. Economic Ideas in Peru’s “Fictitious Prosperity” of Guano, 1840-1880” in J. Love y N. Jacobsen, *Guiding the Invisible Hand. Economic Liberalism and the State in Latin America History*, New York: Praeger.
- Griffith, J. (1977), *The Politics of the Judiciary* London: Fontana Press.
- Hale, C. (1986), “Political and Social Ideas in Latin America,” in L. Bethell, ed., *the Cambridge History of Latin America*, Cambridge: Cambridge University Press, chap. 10.
- Halperín Donghi, T. (1985) *Historia Contemporánea de América Latina*, Madrid: Alianza.
- Halperín Donghi, T. (1980), *Proyecto y Construcción de una Nación*, Caracas: Biblioteca Ayacucho.
- Harnecker, M. (1973), *Los conceptos elementales del materialismo histórico* México: Siglo XXI.
- Harrington, J. (1992), *The Commonwealth of Oceana' and 'A System of Politics'* Cambridge: Cambridge University Press.
- Herrera, C. (1998), “Schmitt, Kelsen y el liberalismo”, *Doxa* 21, vol. II, 201.
- Hobsbawm, E. (2017), *Historia del siglo xx*, Madrid: Editorial Crítica.
- Husami, z. (1978), “Marx on Distributive Justice,” *Philosophy and Public Affairs*, 8, 27-64.
- Jaramillo Uribe, J. (1964), *El pensamiento colombiano en el siglo xix*, Bogotá: Temis.
- Jefferson, T. (1999), *Political Writings*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Kennedy, D. (1976), “Form and Substance in Private Law Adjudication” 89 *Harvard Law Review* 1685.
- Kramer, L. (2004), *The People Themselves*, Oxford: Oxford University Press
- Laclau, E. (2014), *La razón populista*, México: Fondo de Cultura Económica.
- Lasalle, F. (2012), *Qué es una Constitución?* Barcelona: Ariel.
- Lavagna, C. (1977), *Costituzione e Socialismo*, Roma: Il Mulino.
- Lutz, D. (1988), *The Origins of American Constitutionalism*, Baton Rouge: Louisiana University Press.
- MacKinnon, C. (1988), *Feminism Unmodified*, Cambridge: Harvard University Press.
- Marx, K. (2000), *Selected Writings*, selected by D. McLellan, Oxford: Oxford University Press.
- Marx, K. (2003), *La lucha de clases en Francia*, Buenos Aires: Prometeo.
- Marx, K & Engels, F. (1998), *The German Ideology*, London: Prometheus.
- Michelman, F. (1979), “Welfare Rights in a Constitutional Democracy,” *Washington U. Law Quarterly*, 659-693.
- Miller, R. (1984), *Analyzing Marxism*, Princeton: Princeton University Press.
- Mouffe, Ch. (2018), *For a Left Populism*, London: Verso.

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

- Murillo Toro, M. (1979), *Obras Selectas*, Bogotá.
- Novoa Monreal, E. (1970), “¿Justicia de clase?”, *Mensaje*, vol. xix, marzo-abril, n. 187, 108-119.
- Olivecrona, K. (2021), *Law as Fact*, Melbourne: Hassell St. Press.
- O’Neill, M. & Williamson, T. (2012), *Property-Owning Democracy: Rawls and Beyond*, London: Wiley-Blackwell.
- Paine, T. (1989), *Political Writings*, editados por B. Kucklick, Cambridge: Cambridge University Press.
- Parker, R. (1993), “Here, the People Rule, A Constitutional Populist Manifesto” *Valparaiso University Law Review*, vol. 27, n. 3, 531-84;
- Peach, B. ed. (1979), *Richard Price and the Ethical Foundations of the American Revolution*, Durham: Duke University Press.
- Peraza Chapeau, J. (1986), “Consideraciones en torno al concepto de Constitución,” *Revista Jurídica*, n. 13, año IV, 184-197.
- Pisarello, G. (2012), *Un largo termidor. Historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático*, Quito: Corte Constitucional del Ecuador/Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Piketty, T. (2019), *Capital et Idéologie*, Paris: Seuil.
- Piketty, T. (2021), *Time for Socialism*, New Haven: Yale University Press.
- Rawls, J. (1971), *A Theory of Justice*, Cambridge: Harvard University Press.
- Rawls, J. (1991), *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press.
- Rawls, J. (1999), *Collected Papers*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Rawls, J. (2001), *Justice as Fairness. A Restatement*, Cambridge: Harvard University Press.
- Rawls, J. & Parijs, P. (2003), “Three letters on The Law of Peoples and the European Union”, https://ethics.harvard.edu/files/center-for-ethics/files/2003.rawlsvanparijs.r.phil_econ.pdf?m=1402084224
- Roemer, J. (1982) *A General Theory of Exploitation and Class* (Cambridge: Harvard University Press).
- Roemer, J. (1985) "Should Marxists be Interested in Exploitation?" *Philosophy and Public Affairs* 14/1, pp. 30-65.
- Roemer, J. (1989) "What is Exploitation? Reply to Jeffrey Reiman" *Philosophy and Public Affairs*. 18, 1, 90-97.
- Roemer, J. y Bardham, P., eds. (1993) *Market Socialism. The Current Debate*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Rousseau, J. (1998), *The Social Contract*, London: Wordsworth Ed.
- Rousseau, J. (2010), *A Discourse on Inequality*, New York: Kessinger Publ.
- Safford, F. (1985), "Politics, Ideology and Society in Post-Independence Spanish America," en Leslie Bethell, ed., *The Cambridge History of Latin America*, Cambridge: Cambridge University Press, vol. III, pp. 347-421.
- Sánchez Viamonte, C. (1959), *Manual de Derecho Político*, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.
- Sandel, M. (1996), *Democracy’s Discontent*, Cambridge: Harvard University Press.
- Segato, R. (2021), *La Guerra contra las mujeres*, Buenos Aires: Prometeo.
- Siegel, R. (2001), “Text in Contest: Gender and the Constitution from a Social Movement Perspective, 150 *U. Penn. L. Rev.* 297-351
- Sieyès, E. (1994), *Écrits Politiques*, Paris: Gordon & Breach.

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

- Sobrevilla, N. (2002), “The Influence of the European 1848 Revolutions in Perú,” en G. Thomson, ed. *The European Revolutions of 1848 and the Americas*, London: Institute for the Study of the Americas.
- Spano, R. (2014), “Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity”, *Human Rights Law Review*, 14, 487-502.
- Sping-Andersen, G. (1990), *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton: Princeton University Press.
- Storing, H. (1981), *What the anti-Federalists were for*, Chicago: The University of Chicago Press.
- Storing, H. (1981b), *The Complete anti-Federalist*, Chicago: The University of Chicago Press.
- Street, J. (1959), *Artigas and the Emancipation of Uruguay*, Cambridge. Cambridge University Press.
- Sunstein, C. (1994), “The Anticaste Principle”, 92 *Mich. L. Rev.* 2410, available at: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol92/iss8/4>
- Svampa, M. & Viale, E. (2020), *El colapso ecológico ya llegó*, Buenos Aires. Siglo XXI.
- Thomson, G. (2002), ed., *The European Revolutions of 1848 and the Americas*, London: Institute for the Study of the Americas.
- Togliatti, P. (2017), *Il 1956 e la Via Italiana al Socialismo*, Roma: Editori Riuniti Univ. Press.
- Tomkins, A. (2005) *Our Republican Constitution*, Oxford: Hart Publishing.
- Tushnet, M. (1988), *Red, White and Blue*, Cambridge: Harvard University Press.
- Unger, R. (1983), *The Critical Legal Studies Movement*, London: Routledge.
- Unger, R. (1987) «El sistema de gobierno que le conviene a Brasil» en *Presidencialismo vs. parlamentarismo: materiales para el estudio de la reforma constitucional*, Consejo para la Consolidación de la Democracia, Buenos Aires: Eudeba.
- Unger, R. (1996), *What Should Legal Analysis Become?* London: Verso.
- Valdés Paz, J. (2009), *El espacio y el límite. Estudios sobre el sistema político cubano*, La Habana: Ruth Casa Editorial.
- Waldron, J. (2004), “Property,” in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <https://plato.stanford.edu/Archives/Win2004/entries/property/#5>
- West, R: (1989), “Feminism, Critical Social Theory, and Law,” *Chicago Law Forum* 59.
- Wilde, O. (1891), *El alma del hombre bajo el socialismo*, [https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/0/07/El alma del hombre bajo el socialismo.pdf](https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/0/07/El_alma_del_hombre_bajo_el_socialismo.pdf)
- Wood, G. (1969), *The Creation of the American Republic*, New York: W.W.Norton & Company.
- Wood, G. (1992), *The Radicalism of the American Revolution*, New York: Alfred Knopf.
- Wood, G. (2002), *The American Revolution. A History*, New York: The Modern Library.

*Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.



Funded by
the European Union



European Research Council
Established by the European Commission



Universitat
Pompeu Fabra
Barcelona

Este texto forma parte del proyecto financiado por el Consejo Europeo de Investigación (ERC) del programa de Investigación e Innovación “Horizon Europe” de la Unión Europea (Ref. **101096176** - ICDD).

Proyecto financiado por la Unión Europea. Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.