

RLFP

Revista
Latinoamericana de
Filosofía
Política

Centro de Investigaciones Filosóficas

ISSN 2250-8619 • Vol. XI • N° 9 • 2023 • Buenos Aires • Argentina

UN EXORCISMO NECESARIO: COMENTARIO AL DERECHO COMO UNA CONVERSACIÓN ENTRE IGUALES

Mariela Puga

SIMPOSIO

El derecho como una conversación entre iguales

de Roberto Gargarella

UN EXORCISMO NECESARIO: COMENTARIO AL DERECHO COMO UNA CONVERSACIÓN ENTRE IGUALES

MARIELA PUGA

CONICET

mariela.puga@unc.edu.ar

RESUMEN

Este trabajo reflexiona sobre el libro *El derecho como una conversación entre iguales* de Roberto Gargarella. Se analiza su importancia para pensar la crisis de representación del estado moderno, resaltando sus aportes críticos al constitucionalismo americano. En ese marco se propone reflexionar sobre algunos arreglos institucionales del constitucionalismo argentino que podrían re-pensarse desde la perspectiva crítica del autor para, además, señalar el “punto ciego” de esa perspectiva en contexto. El argumento refiere a la necesidad de contabilizar al sistema de castas ciudadanas (sexo-genéricas y racializadas) sancionado por el constitucionalismo, como parte faltante en la crítica contra-mayoritaria que postula Gargarella. Este es el punto ciego que es necesario iluminar para distanciar substancialmente la propuesta Gargarelliana de un elitismo mayoritarista. Con el mismo ánimo de complemento, hacia el final se intenta acercar la aparente distancia entre las ideas de Gargarella y la teoría de los derechos y garantías de Luigi Ferrajoli.

Palabras clave: Democracia, Constitucionalismo, Derechos, Crisis de Representación, Conversación Igualitaria.

ABSTRACT

This paper reflects on the book *Law as a conversation between equals* by Roberto Gargarella. The importance of it to think about the crisis of representation of the modern state is analyzed,

highlighting his critics as key contributions to American constitutionalism. Within this framework, it is proposed to reflect on some institutional arrangements of Argentine constitutionalism that could be re-thought from the critical perspective of the author and then, in context, point out the “blind spot” of that perspective. The argument refers to the need to account for the system of citizen castes (sex-generic and racialized) sanctioned by constitutionalism, as a missing part of the counter-majority criticism that Gargarella postulates. This is the blind spot that needs to be illuminated in order to substantively distance the Gargarellian proposal from a majoritarian elitism. With the same spirit of complement, towards the end an attempt is made to bring closer the apparent distance between the ideas of Gargarella and the theory of rights and guarantees of Luigi Ferrajoli.

Keywords: Democracy, Constitutionalism, Rights, Crisis of Representation, Egalitarian Conversation.

1. Introducción: Tomarse la crisis en serio

El derecho como una conversación entre iguales (Gargarella, 2021) puede leerse como un intento por desnudar las raíces de la crisis de la democracia constitucional. Con asertivas identificaciones en la historia del constitucionalismo, y propuestas desafiantes, el libro de Roberto Gargarella es un trabajo preocupado por entender los desajustes entre las promesas de nuestras instituciones, y las expectativas ciudadanas. Es desde ese marco de preocupaciones que el autor nos invita a una revisión crítica de los presupuestos del constitucionalismo. Aborda esa revisión inmediatamente, sin fintas, ni acomodaticia condescendencia. Diría que ese sólo gesto, el del abordaje directo y sin concesiones, es distintivamente precioso en el contexto de la discusión actual. Por eso quisiera empezar el análisis poniéndolo en valor.

La crisis a la que algunas llaman de representación, y otros del estado moderno, se ejemplifica en las primeras páginas

del libro a través de manifestaciones públicas y masivas, las que se vienen observando en distintas partes del mundo.¹ En Argentina, el momento quizás más icónico de ese hastío colectivo se expresó con el slogan “Que se vayan todos”, durante la crisis social y económica del 2001.² Aquel slogan instanció el desprecio social por la dirigencia política del momento, pero fue también, nos invita a ver Gargarella, un signo. Significó la alta intensidad democrática de la ciudadanía, y de su reclamo por la escucha institucional. La distancia entre el pueblo y las decisiones públicas es la que está en entredicho, y la incapacidad del sistema político para dialogar con las demandas del descontento, es el eje de la crisis que nuestro autor lee en estos hechos.

Tenemos instituciones, dice, que funcionan como un sistema de captura; bloquean la participación y la capacidad de la ciudadanía de controlar a sus autoridades. De este modo, eventos que suelen desdeñarse jurídicamente como eventos de mera anti-política, u ola cultural anti-sistema, encienden, subversivamente, el foco constitucionalista del libro.

En un contexto más cercano, el argumento podría evocar incluso otro tipo de eventos, tales como el creciente posicionamiento de los nuevos partidos políticos populistas de ultraderecha. En nuestro país se trata de agrupaciones que denuncian

1. El autor refiere en la primera página a “la Primavera Árabe”, el “Que se vayan todos” argentino, el “Occupy Wall Street” en los Estados Unidos, “el surgimiento de Syriza en Grecia y Podemos en España”, las “millones de personas en las calles pidiendo la renuncia del presidente Piñera en Chile”, entre otros (Gargarella, 2021: 1).

2. Mientras Argentina enfrentaba una de las crisis económicas más profundas de su historia, el 19 de diciembre de 2001, el presidente Fernando de la Rúa dictó el Estado de Sitio. En el momento del anuncio, en la mayoría de los barrios empezó a oírse los *cacerolazos*, gente que golpeaba en las ventanas y en las puertas de su casa cacerolas. Miles de personas se dirigieron entonces hacia la plaza de mayo para protestar y reclamar “que se vayan todos”. Tras la presión popular todo el gabinete del poder ejecutivo renunció (ver Cuello, 2001).

a la “casta” de la dirigencia política, y que capitalizan la insatisfacción y hartazgo popular.³

Algunos señalan que esa operación de capitalización del descontento por líderes carismáticos no es nueva, es la operativa de cualquier populismo, de izquierda, o derecha. En cualquier caso, el enfoque de *Una conversación entre iguales* no nos mueve a fustigar o abrazar al populismo, o a sus líderes, ni a los factores externos que coadyuvan a la capitalización del descontento. El punto es que el creciente hastío popular es en parte una consecuencia del déficit democrático del sistema constitucional, es decir, de nuestro constitucionalismo elitista. No reconocerlo como tal, nos impide pensar en transformaciones eficaces, y por fuera de la ensordecedora oferta de liderazgos mesiánicos (agregaría yo).

Entonces, al discernir la crisis como un problema de origen sistémico vinculado al diseño jurídico-político, el libro nos aporta una mirada interesante. Ayuda, por un lado, a evitar la estigmatización, o menosprecio a la reacción popular, inculcando a la prensa, a la confusión ideológica, a circunstancias excepcionales, o a algún personalismo sobre-dimensionado. Gargarella se rehúsa a caer en esas explicaciones fragmentadas, y propone, en cambio, una explicación que reconozca en el descontento una crítica por la falta de democratización en la toma de decisiones. Por otro lado, también nos ayuda a evitar endiosar el contenido o las formas de los reclamos del hastío colectivo. Su justificación no es, desde esta perspectiva, un reconocimiento de su instalación. Sucede que las explicaciones fragmentadas de la crisis, aunque parcialmente asertivas, e incluso realistas en muchos casos, no dejan de ser conservadoras del *status quo* regimentado. Ellas arriesgan encerrarnos en

3. En la Argentina referimos a partidos como “La libertad Avanza” liderada por Javier Milei, emparentado con Jair Bolsonaro en Brasil, o Donald Trump en Estados Unidos. En similar línea suele nombrarse a partidos europeos como los Fratelli d'Italia, encabezado por Giorgia Meloni, o Vox en España, y la Agrupación Nacional de Marine Le Pen.

el fatal dilema de la defensa del régimen frente a la anarquía, o viceversa. En este sentido, atar la crisis a nuestra suerte económica, ambiental, o a la malignidad de algún enemigo del estado, nos deja ajenos a nuestro propio problema, hundidos en su inexorabilidad. La mirada de Gargarella trae algo de aire fresco, nos hace parte del problema.

En los primeros diez capítulos identifica las raíces históricas, los síntomas y proyecciones encadenadas en nuestro sistema institucional, desde la experticia de un *insider* de constitucionalismo. Todo ello para calificarlo de elitista. Así hace discernible al descontento generalizado, como un problema creado colectivamente, del que somos tan víctimas como artífices históricos. Y en ese sentido, despierta nuestra responsabilidad por cambiarlo.

En fin, una puede o no estar de acuerdo con las explicaciones y propuestas del texto.⁴ Pero en cualquier caso, lo que no se puede hacer es negar su valor como forma de mirar en serio, y de forma no capturada a la crisis. La propuesta Gargarelliana se nos presenta como un antídoto tanto contra el negacionismo de la crisis, como contra la idea de su inexorabilidad.

2. No gastar pólvora en chimangos⁵

Quisiera detenerme aquí en una aserción inicial del texto que me provocó cierta confusión inicial y, sin embargo, me parece anticipatoria de lo que propone. Tempranamente el autor

4. En particular creo que el descontento ciudadano no traduce sólo un reclamo de escucha institucional. Muchas veces es el reclamo contrario, por la aparición de un nuevo líder mesiánico. Y, en general, es claramente el reflejo de la desigual posibilidad material de ciertos grupos de manifestar de forma inteligible en el foro público sus posiciones (ver Apartado 4).

5. La frase “gastar pólvora en chimangos” se usa vulgarmente como regla de no desperdiciar el tiempo, dinero o energía en algo que no vale la pena. Sugeriría que es más lo que se pierde que lo que se gana con algo.

reclama no confundir los asuntos del “constitucionalismo”, con los problemas de la “democracia”. No obstante, y de inmediato, esa apelación parece auto-negarse cuando señala que el déficit democrático tiene su raíz en el elitismo contra-mayoritario de las instituciones constitucionales. Incluso, hacia el final del libro, el texto aplaude fervorosamente ciertos arreglos y decisiones institucionales que abrirían las instituciones creadas por la constitución a la conversación igualitaria y densa de la ciudadanía.⁶

Una podría preguntarse ¿de qué separación se habla, entonces? si una cosa (constitucionalismo) explica, o causa la otra (déficit democrático), o, ¿cómo no confundir sus problemas?, si algunos ajustes de funcionamiento en las instituciones constitucionales parecen ser la fórmula para habilitar la conversación democrática que se reclama.

Déjenme intentar responder esta aparente contradicción. Creo que la demanda Gargarelliana no tiene una pretensión de distinción analítica. Más bien, se acerca a un reclamo por la prioridad de la energía teórico-explicativa, y de los esfuerzos de juristas y activistas. Sugiere que para atender al déficit democrático de las instituciones es necesario dejar de gastar energías en ajustes meramente técnicos del constitucionalismo. El intento de mover las piezas de acuerdo a la lógica del régimen vigente, encerradas en sus determinantes, no es prioritario, y no será eficaz. Sería un mero “gastar pólvora en chimangos”. Es que no se trata de mejorar las reglas del *check and balance*, o del equilibrio entre poderes, ni de ajustar el sistema de representación con más instituciones plebiscitarias que sólo dan confirmación al régimen de captura. El autor nos propone desafiar la racionalidad fundante del régimen, y sus

6. En el Capítulo 16 el texto refiere positivamente a la cláusula “no obstante” de Canadá, la apertura al diálogo entre poderes en el caso “Grootboom” en Sudáfrica, las audiencias públicas ordenadas por distintas Cortes, la consulta previa a comunidades indígenas ordenada por el Convenio 169 de la O.I.T., las órdenes de cortes de abrir “mesas de diálogo” entre las partes.

presupuestos elitista, disputar sus formas desde un nuevo ideal regulativo: el del derecho como una conversación entre iguales.

Si lo entiendo bien, se trataría de pensar el régimen constitucional desde un ángulo crítico, alertándonos de no naturalizar sus bases, ni montar nuestros reclamos democratizadores sobre sus ejes traicioneros. La consigna es abrir el sistema institucional a formas diferentes de toma de decisión pública, que no estén guiadas por los ideales contra-mayoritarios del constitucionalismo clásico. Esas decisiones deberían habilitar un diálogo substantivo de la ciudadanía, el que amplíe la posibilidad de matices en la toma de posiciones públicas, que habilite un debate inclusivo, y que garantice la voz de los potenciales afectados. Claro, la factibilidad de este tipo de deliberación ideal, y los requerimientos de esa aspiración en cada caso, y en cada decisión concreta, es un asunto abierto a una polémica más amplia. Polémica que involucraría a más disciplinas que la del derecho.

Finalmente, es importante precisar que el autor tampoco está tratando de capturar teóricamente los procesos de democratización informal, des-institucionalizados, o des-regimentados a los que alude. Esto lo acercaría a las teorías populistas, y no creo que sea el caso. Esos procesos populares son para él un ejemplo del hastío colectivo, de la intensidad democrática de ese hastío y, ante todo, una interpelación por la apertura de las instituciones de toma de decisión. Lo que lo desvela son las voces que el sistema es incapaz de hacer parte del diálogo de creación y adjudicación del derecho. En otras palabras, la democracia es para él un asunto de creación y aplicación del régimen, y no una cuestión de sociología política. El ve una falla de diseño institucional a arreglar, allí donde el sociólogo o el politólogo ve nuevos canales de política extra-institucional.⁷

7. Gargarella está pensando en la democracia como régimen, en tanto sistema de toma de decisiones, y no, en la democratización a través de acciones colectivas de resistencia, que evitan que ese régimen se vuel-

Este es otro interesante aporte de su abordaje. Nos da una crítica interna al elitismo del sistema constitucional clásico, al autoritarismo contra-mayoritario de las instituciones representativas y judiciales, mirándolo desde un afuera lo suficientemente cercano como para permitirnos imaginar otras instituciones.⁸

3. El actual miedo a las mayorías

El libro que comentamos nos ofrece una atractiva narración del surgimiento del constitucionalismo americano signado por el “miedo a las mayorías”. Nos sugiere que el sistema de representación política es un mal necesario, el que devino en un artilugio contra-mayoritario a causa de que el constitucionalismo le dio un valor desmedido. En la constitución argentina esa idea quedaría instanciada en la regla constitucional de que “el pueblo no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes” (artículo 22 de la Constitución de la República Argentina).

Es destacable el intento por mostrar que lo que nos pasa hoy, se parece bastante a lo que pretendieron hacer con las instituciones aquellos que las diseñaron, esto es, crear la “distinción” de la clase institucional, y mantener a los representantes a distancia del control popular. Las decisiones públicas quedan así capturadas por unos pocos. Éste es, permítaseme insistir, un abordaje que nos descentra de héroes y demonios del presente,

va oligárquico. Ver esta distinción presentada por Mauro Benente, en Municipalidad de Santa Fe. “Mayo de la Constitución - Ciclo de diálogos y encuentros para pensar la Constitución”. YouTube, 17 de mayo de 2023. Video, 5:20-30:00, <https://www.youtube.com/watch?v=xov7Ao_fPwQ>.

8. Agregaría, nos permite imaginar otras instituciones, como opción mejor y en tensión con aquellas explicaciones que sólo nos impulsa a sumarnos a la lucha política del pueblo desoído, lucha por capturar el sistema representativo, y sus formas autoritarias tal cual están.

para poder tomarnos en serio la pregunta de si otras formas institucionales son posibles.

El libro tiene un momento de esplendor narrativo cuando desnuda en primera plana la desconfianza democrática de los padres fundadores del constitucionalismo americano, los encumbrados James Madison, Juan Bautista Alberdi y Andrés Bello. Aunque sus ideas contra-mayoritarias atendían a las necesidades acuciantes del momento constitucional, hoy, nos dice nuestro autor, esas necesidades cambiaron. Si en aquel entonces valía sacrificar la democracia en post de alcanzar la unidad, la paz, y la estabilidad a través de la creación de autoridad, hoy ese balance pragmático no es el mismo. La intensidad del reclamo ciudadano probaría que aquella visión de antaño está desfasada.

4. El punto ciego de la crítica al contra-mayoritarismo

Los resaltos del autor en su crítica al constitucionalismo, anclan en los prejuicios de los padres fundadores hacia las virtudes políticas de la ciudadanía pre-constituyente: su potencial tendencia a la anarquía, su eventual irracionalidad y capricho, sus pasiones como opresoras de la razón. El prejuicioso miedo de nuestros ancestros tenía como objeto, sin embargo, a una ciudadanía mayoritaria de hombres europeos, con alguna desigualdad entre ellos. En efecto, estaban los que ostentaban el poder de las milicias, del clero y/o de la hacienda, y quienes no. Esas mayorías temidas, no incluían a otra parte sustantiva de la comunidad, aquella a la que los padres fundadores no reconocieron siquiera ciudadanía, tales, las mujeres y los indígenas. El miedo a las mayorías tampoco refería plenamente a ciudadanos subalternizados desde la racialización social (algunos recién libertos, o hijos de esclavos y mestizos). Estos grupos no estaban solo distanciados de las élites gobernantes por el diseño contra-mayoritario de las instituciones constitucionales, sino que estaban excluidos del imaginario de ciudadanía

plena de ese diseño original. No podían ser representantes, ni representados, y no alcanzaban siquiera a ser parte de las “mayorías” constitucionales temidas.

El Capítulo 13 del libro de Gargarella alude a estos excluidos y ciudadanos de segunda, con el objeto de criticar la idea de que la constitución originaria represente realmente a la voluntad del pueblo. Sin embargo, inmediatamente entiende que la ilegitimidad originaria de la constitución se ha “remediado”, de alguna manera, en algunas constituciones y reformas recientemente (Gargarella, 2021: 202). Su preocupación allí es por la legitimidad política de la constitución como voz del pueblo, y no por ser el arquetipo de la exclusión originaria que estructuró las desigualdades actuales. Desigualdades que no resultan remediadas con las reformas constitucionales. Es aquí donde observo que la crítica al contra-mayoritarismo del diseño constitucional americano tiene un punto ciego.

Lo que intento decir es que resulta problemático denunciar al sistema institucional como marco de sostén de nuestra “casta política” actual, para pedir conversación entre ciudadanos iguales, sin denunciarlo al mismo tiempo (e incluso de forma prioritaria), como el creador de una “casta ciudadana,” que es el principal obstáculo de cualquier conversación igualitaria. La(s) distancia(s) elitista(s) creadas por el sistema constitucional son de distinta índole, carácter y densidad, y oponen dificultades muy distintas a la democratización de la autoridad que crea el derecho.

Sabemos que el constitucionalismo clásico sancionó un orden sexuado⁹ y racial,¹⁰ el que hoy vemos reflejado clara-

9. Ruth Rubio Marín ha señalado que las constituciones como la nuestra han sancionado un orden sexuado al excluir a las mujeres como parte de la ciudadanía constituyente (Rubio-Marín, 2021: 1448-1449). Recientemente la autora refiere a las constituciones de ese momento como “excluyentes”, en relación al no reconocimiento de derechos constitucionales a las mujeres (ver Rubio-Marín, 2023).

10. El racismo ínsito en nuestra carta constitucional original puede observarse en el artículo 25 de la Constitución Nacional de la República

mente en el último informe semestral del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos de la República Argentina (INDEC). La mayor parte de las personas pobres son mujeres,¹¹ y sabemos, además, que la mayor parte de la población originaria es pobre. También el INDEC deja en claro que las mujeres tienen menos “tiempo” que los hombres, debido a su dedicación al trabajo no remunerado (principalmente de cuidado).¹² De manera que sus posibilidades de participación en el debate público, en especial de las mujeres pobres, están fuertemente restringida porque además son “pobres en tiempo”.¹³ Las personas racializadas son también en general pobres, sufren discriminación social diversas, son las víctimas de la violencia institucional, y su piso de dignidad está históricamente saboteado. Estas no son solo secuelas del diseño constitucional originario, sino la pervivencia del orden establecido por él, más allá de las bien intencionadas reformas al texto constitucional.

Argentina, en la idea de que es necesario poblar el territorio con inmigración “europea”. Por otro lado, en la constitución originaria el mandato respecto a los pueblos indígenas, era el de “convertirlos al catolicismo”, como si fueran menores de edad o seres salvajes.

11. Las mujeres representan hoy el 64% de la población de menores ingresos en Argentina. Las mujeres ganan en promedio, un 28,1% menos que los varones, y la tasa de desocupación es del 7,8% para las mujeres y el 6,1% para los varones. (Ver Ministerio de las mujeres, género y diversidad, Igualar. La participación de las mujeres en el trabajo, el ingreso y la producción. Segundo trimestre del 2022 (Buenos Aires: Ministerio de las mujeres, género y diversidad, octubre de 2022), <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2023/01/informe-desigualdad_en_el_trabajo-igualar-segundo_trimestre_2022.pdf>.

12. Ver Instituto Nacional de Estadísticas y Censo (INDEC), Encuesta Nacional del Uso del Tiempo 2021. Resultados Definitivos (Buenos Aires: Instituto Nacional de Estadísticas y Censo (INDEC), octubre de 2022), <https://www.indec.gob.ar/ftp/cuadros/sociedad/enut_2021_resultados_definitivos.pdf>.

13. Ver el señalamiento de que “La pobreza en el tiempo es la principal causa de la desigualdad de género” en “La pobreza en tiempo es la principal causa de la desigualdad de género según Undav”, Ámbito, 28 de mayo de 2021.

Digo, reclamar una conversación entre iguales en el marco de una sociedad tan profundamente desigualitaria en términos de tiempo, ingresos, bienestar y dignidad social, es un reclamo, al menos, incompleto. Sobre todo, ese reclamo no puede ser del mismo calibre para las minorías excluidas del diseño original, que para las mayorías de hombres blancos a las que los padres fundadores temían. De otra manera se estaría invisibilizando las implicancias diferenciales que les tocaron de aquel diseño a los excluidos, sólo porque la Constitución tuvo algunas reformas recientes. Estas reformas, formales y materiales, lejos de remediar lo hecho por la constitución originaria, tensionan, con poco éxito, con las interpretaciones tradicionales de aquel texto, en su mayoría aún intacto, y disputan sentidos en un marco contextual desigual establecido por el texto originario.

4.1. Los colonos

El ejemplo del Capítulo 2 del libro *Una conversación entre iguales* permite instanciar el punto ciego que se señala. Allí el autor refiere a una conversación imaginaria entre colonos inmigrantes en un barco, en la que hombres y mujeres discuten las reglas del nuevo mundo. Se escuchan unas a otros, des-prejuiciada y cariñosamente. La conversación transcurre como si las mujeres no estuvieran en ese momento ocupándose de la comida, la limpieza, el cuidado de los niños y de los ancianos, para hacer posible que los hombres pudieran conversar tranquilos. Por supuesto que el ejemplo de nuestro autor es hipotético, pero resulta difícil ignorar que los colonos del nuevo mundo se regían por un orden sexual de subordinación de mujeres, lo que vuelve a la hipótesis poco probable. Aún como situación ideal, o ideal regulativo, la hipótesis sobre-exige nuestra imaginación pretendiendo que las mujeres participaran en espacios comunes de forma igualitaria.

En el relato, los colonos se veían entre ellos como iguales, como parte de un proyecto común. Tal identidad comunitaria,

sin embargo, tuvo mucho que ver con la racialización de las personas que encontrarían luego, en el nuevo mundo. Indígenas, mestizos y afro descendientes no fueron vistos ni como iguales, ni como afectivamente cercanos. Ellos fueron esclavizados y/o des-ciudadanizados por largo tiempo. Otra vez, reconozco que el escenario de Gargarella es imaginario, y con estos comentarios lo estoy llenando, quizás injustamente, de historia hispánica. Pero aún desde una perspectiva abstracta e imaginaria, pensar lazos comunitarios que no devengan racistas, requiere, al menos, que los colonos imaginarios tengan alguna educación cosmopolita, ecuménicos, o particularmente humanista. Ello, además de poco probable, supone dar cuenta de que estarían influenciados por las ideas de su tiempo y cultura. Tendrían preconcepciones sobre las reglas de organización social y política factibles.

Lo que intento decir con esto es que, para poder pensar en relaciones políticas igualitarias que no conviertan a la comunidad original en una masa racista, tenemos que imaginarla con pre-conceptos culturales, los que limitarían las posibilidades de acuerdos institucionales. Refiero a los presupuestos de cualquier cultura, los que influyen, a veces de manera dogmática, la toma de posiciones en el debate. Ellos impactan diferencialmente sobre la suerte de algunas y algunos de los dialogantes, de cuyos intereses las diferentes culturas suelen dar diferente cuenta.

Por último, entiendo que lo más probable es que algunos de estos inmigrantes contarán con algún recurso extra, digamos, llevará en su bolsillo una joya de la abuela, por ejemplo, o contará con algún talento, habilidad o ventaja de la que otros carezcan. ¿Acaso esto no lo motivaría a promover reglas que preserven esas ventajas? Reglas que, con su apariencia neutral, y de justicia relacional, podrían estructurar las grandes desigualdades a futuro. El derecho absoluto a la propiedad, por caso.

En fin, el barco, de la misma manera que la teoría decimonónica del poder constituyente originario, presupone que no

existen limitaciones previas en las condiciones igualitarias de los pactantes. Asume que los determinantes culturales y políticos de la soberanía popular constituyente son, *per se*, valiosos e igualitarios, sólo porque consiguieron imponerse. Es un tipo de metáfora destinada a negar las influencias arbitrarias que determinan la toma de posiciones en cualquier debate, y, sobre todo, a invisibilizar las bases desiguales de la construcción de ciudadanía.

La persistencia de este tipo de metáforas en la teoría constitucional y política permite hacernos creer teóricamente en la posibilidad de una conversación entre iguales, y así, en la factibilidad de arreglos institucionales más democráticos. Nos da ideales regulativos. Esto es, según lo creo, valioso *per se*. Sin embargo, esta forma de teorizar también tiende a invisibilizar los cimientos de las castas ciudadanas que, como base de la conversación, y de los artefactos que surgen de ella, imposibilita por definición un mejor régimen democrático.

4.2. Peligros del punto ciego

No quisiera dejar atrás este asunto sin señalar antes los dos peligros que veo en una crítica incompleta de nuestro constitucionalismo contra-mayoritario. Constitucionalismo en el que la mayoría temida y distanciada de sus representantes, es también una casta, o devino en una organización de castas.

En primer lugar, temo que la crítica incompleta nos lleve a darle una prioridad excesiva a la intensidad de las manifestaciones de participación popular actual. Esa intensidad, muchas veces refleja la importancia que ciertas cuestiones tienen en el plan de vida de la gente de ciertos sectores sociales. Pero también reflejan la desigualitaria posibilidad de participación, y de influencia en la conversación pública de cierta casta ciudadana. Las posibilidades de participar de lo público son muy diferentes para los grupos estructuralmente excluidos, o de dignidades saboteadas. Llamar pueblo a quienes tienen el

tiempo, el piso de dignidad y las posibilidades de voz, podría, en ocasiones, ser otra forma de expropiación de la voz de los excluidos.

Otro riesgo, es que la apelación a instituciones más sensibles a las mayorías profundice un conservadurismo mayoritarista, irrefrenablemente desigualitario. Las mayorías no fueron entonces, ni tampoco son hoy, la única ni la más legítima expresión de la democracia.¹⁴ Si no tenemos presente el sistema de casta sexo-genérica y racial de nuestra ciudadanía, el apostar sólo porque sea la mayoría quien decida, es siempre una forma de conservadurismo de la desigualdad.

Por eso, pensar en serio en la factibilidad de una conversación entre iguales como propone el libro, exige que la crítica al diseño institucional original no refiera sólo a su contra-mayoritarismo, sino también a la sanción de un sistema de castas genéricas y raciales. Este también ha sido un rasgo liminar de nuestro diseño institucional originario, cuyas repercusiones persisten en nuestros días de formas diversas y estructurales.

5. Un exorcismo necesario

Las ideas y enseñanzas de Roberto Gargarella siempre han tenido un efecto exorcista para mí. Hay en sus trabajos un fuerte sentido de ruptura con presupuestos de la dogmática constitucional que una tiende a naturalizar en el trayecto de la formación disciplinar. Este libro no es la excepción.

Gargarella detalla alguna de las instituciones que nos perdimos por el triunfo de las razones de los padres fundadores.

14. Cómo explica Rosanvallon (2008-2009), la mayoría no es el “pueblo” o la “nación”. Ella nunca deja de ser una fracción, aunque sea predominante, de esos constructos de legitimación. Es decir, no debemos confundir la naturaleza o legitimidad de un régimen (democrático) con sus condiciones de establecimiento, así como tampoco la “voluntad general” con la regla de la mayoría (22-24).

Con ello vuelve inteligible, y hasta atractivas las propuestas de los perdedores. Me refiero a las ideas del constitucionalismo radical de Jefferson y Paine, y a ciertos arreglos institucionales como el de discutir la Constitución cada diecinueve años, en lugar de rendir honor a su rigidez; o el de tener un sistemas de elecciones anuales, en lugar de bianuales, con cargos en permanente rotación, en lugar de aceptar la rotación sea entre unos pocos; el de legislaturas unicamerales, en lugar del fuelle de la revisión bicameral, o el de la revocatoria de mandato, y otras formas de controles sobre las autoridades. Si nos dejamos llevar por el relato de Gargarella, una democracia como la actual, confinada a votar cada dos años, se nos vuelve un triste y arcaico corsé, del que ya los constitucionalistas radicales nos advirtieron.¹⁵

En este marco, a pesar de entender la advertencia de “no gastar pólvora en chimangos”, no puedo evitar detener la mirada exorcizada en ciertos arreglos constitucionales del régimen argentino. Por ejemplo, cuando vemos las renovaciones parciales del Congreso Nacional, que aseguran que las mayorías actuales no puedan siquiera imponer su voz de forma relevante e inmediata en el órgano representativo por excelencia. Cada dos años elegimos la mitad de la Cámara de diputados, y sólo a un tercio del Senado. Así, ni siquiera un triunfo mayoritario contundente, luego de un proceso de debate eleccionario, permitiría a la mayoría triunfante conse-

15. Oí decir a Gargarella, enfáticamente, que: “el sistema no me dio palabra, no me dio voz, no me permite hacer un matiz. El voto me obliga a decir lo que no quiero.” (Ver NYU School of Law. “Are Constitutions Helping or Hindering Gender Equality?”. YouTube, 31 de marzo de 2023. Video. <<https://www.youtube.com/watch?v=EUKoEa2Gt3M>>). Estas afirmaciones se vuelven más interpelantes cuando vemos expandirse la lógica de una democracia meramente confirmatoria, con formas plebiscitarias de un mayoritarismo que niega tamices. Formas que ya nos han mostrado sus déficits en procesos recientes como la consulta en proceso constituyente chileno, o las consultas sobre el *Brexit* en Gran Bretaña.

guir nombrar a un juez en la Corte, o al Defensor del Pueblo, o llamar a una Reforma Constitucional. Pienso que ello es un ejemplo del sistema de captura, y de distancia, que obstaculiza el autogobierno.

Desde la dogmática constitucional solemos asumir que si la composición de estos órganos rotara radicalmente, digamos, cada dos años, o si cada funcionario fuera electo por periodos más cortos, perderíamos memoria institucional, entorpeceríamos proyectos a largo plazo, o no conseguiríamos la profesionalización de la política y la capitalización de la experiencia. Sin embargo, no vemos el costo que el libro de Roberto invita a mirar. La limitación a la voluntad mayoritaria, y la extorsión a la ciudadanía que significa reducir su participación a un voto cada dos años, que va a tener una muy baja relevancia para las decisiones inmediatas. Quizás sesgadas por lo dado, se nos hace difícil proyectar los elementos valiosos que un sistema diferente tendría en la dinámica política. Por ejemplo, obligar a legisladores a priorizar la actividad legislativa, como principal estrategia electoral, o tensionarlos a buscar más acuerdos, antes que a abroquelarse en la espera *sine die* por posiciones de dominación partidaria en el órgano. Más aún, si la rotación fuera más exigente, la construcción de castas de dirigentes sería seguramente más difícil, y quizás por eso más substantivos los compromisos con las plataformas electorales partidarias. Esto último, haría, quizá, más relevantes esas plataformas en el debate público. Pero el sesgo disciplinar no siempre permite poner en debate estas posibilidades.

También es interesante el punto de Roberto sobre el sistema de pesos y contrapesos que presupone la existencia de un equilibrio entre poderes. Ese equilibrio, nos dice, se dañó al nacer con un presidente-rey. Pero en particular, el diseño incentiva el uso del poder institucional como arma de guerra con los otros poderes institucionales, en lugar de como artefacto de colaboración, o de diálogo entre poderes en la gestión del gobierno. Agregaría, sin embargo, que para cualquier proyección exorcizada de alternativas siempre es necesario mirar

todo el bosque institucional, antes de talar cualquiera de sus árboles. Observar, por ejemplo, que mientras “el pueblo no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes” (art. 22 de la CN), los “afectados, y las asociaciones...” pueden acudir a la justicia con sus reclamos de derechos de incidencia colectiva (art. 43 de la CN). En otras palabras, el diseño reformado en 1994, puso al poder judicial en el lugar del único canal de diálogo institucional de la ciudadanía, por fuera del sufragio. Para hacerlo, las ciudadanas tienen que transformar su reclamo en clave de derechos colectivos, y, en general, los oídos de la institución judicial están abierto solo a los reclamos de los colectivos que materialmente tienen la posibilidad de hacerlo, y con los que guardan cierta empatía o “identidad” comunitaria. Ese parece ser el bosque en el que estamos, y del que necesitamos ser consientes en cualquier proyecto de transformación en el sentido que propone nuestro autor.

Más allá de esos detalles de posibilidades restringidas, el sistema está fuertemente abroquelado como indica Gargarella. Basta observar que no sólo tenemos un sistema de reforma constitucional súper-rígido (art. 30 de la CN), el que hace difícil que incluso una súper mayoría actual pueda cambiar las racionalidades en la organización del poder, sino que además la constitución prohíbe a la ciudadanía que pueda presentar un proyecto de reforma constitucional por iniciativa popular (art. 39 de la CN). De modo que los y las ciudadanas no encuentran posibilidades para cambiar sus instituciones. Sus manifestaciones siempre son un hecho no-institucional o anti-institucional, o bien, un reclamo que necesita ser traducido al código de los derechos, y de las identidades elitistas del Poder Judicial.

En este registro entiendo que vale mucho la pena dejarse exorcizar por la crítica a la lógica contra-mayoritaria del diseño institucional que propone el libro, que, aunque incompleta, no deja de ser asertiva.

6. Los derechos, un asunto polémico

En los Capítulos 11 y 12 el libro hilvana una crítica a la concepción de los derechos para el (o para cierto) constitucionalismo. No es muy claro, sin embargo, si el cargo es contra la interpretación de los derechos constitucionales en clave de derechos naturales, o contra el dispositivo mismo de los derechos, o bien, si es sólo una objeción contra la competencia que se atribuye al poder judicial para llevar adelante la interpretación de los derechos. La diversidad de argumentos, y la polémica de algunas aserciones, obligan a detener la atención en ellas, como antesala del final de este comentario.

Al inicio del Capítulo 11 se postula una idea que no me resulta fácil compartir con el autor. Tal, la atribución a Ronald Dworkin y, en especial, a Luigi Ferrajoli, de una concepción iusnaturalista de los derechos. Permítaseme, al menos, decir que la concepción de derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli está bastante lejos de ser una concepción de derecho natural como parece endilgarle el texto en análisis. Su concepto es un claro constructo analítico, sobre la base de derechos positivizados, sin teorías interpretativas, ni fundamentación moral de los derechos (ver el Capítulo 2 de Ferrajoli, 1999-2010). Como dice Perfecto Ibáñez, que sostuvo Bobbio, “el bagaje de Ferrajoli se nutre, básicamente, de dos filones: el positivismo jurídico en la orientación teórica, y la filosofía analítica en cuanto al método” (Ibáñez, P., en Ferrajoli, 1999-2010: 9). Cuando Ferrajoli refiere a la universalidad de los derechos no lo hace en el sentido de las teorías iusnaturalistas, es decir, no sostiene que sus atributos se deriven de la naturaleza o fundamento de los derechos. Por el contrario, refiere a ellos como atributo adscripto por un ordenamiento jurídico dado (por la constitución o por la ley), a ciertos derechos, y en un sentido bien restrictivo de universalidad. El derecho al agua caliente para el mate, por ejemplo, podría ser un derecho fundamental para Ferrajoli, si una constitución se lo reconoce a todas las personas, o a todas las personas nacionales, o todas las personas con capacidad de

obrar. Esto no lo hace un derecho auto-evidente, ni significa que lo era antes, solo lo convierte en un derecho fundamental.¹⁶ Según lo veo, la reivindicación de un constitucionalismo de contenido, o constitucionalismo de derechos como el que plantea el autor italiano, es estrictamente normativista. Ello aun cuando entre las normas que crean derechos fundamentales se contabilice a las que reconocen derechos con contenido ético-político positivizados.

De manera que sería injusto poner el desacuerdo entre Gargarella y Ferrajoli en términos de concepciones iusnaturalistas y positivistas de los derechos, como éste capítulo parece insinuar confusamente en ciertos pasajes. Para entenderlo mejor, es necesario advertir que los trabajos de ambos autores atienden a distintas ideas de crisis del Estado de Derecho. La crisis que interesa a Ferrajoli es la del derecho como sistema artificial de garantías para los ciudadanos. Su preocupación central es por la ineficacia de los derechos como límite y mandato a los poderes públicos. En particular, diría que lo que más lo inquieta es la ineficacia diferencial de ciertos derechos a los que el legislador ha dejado sin garantía, tales, los derechos del Estado de Bienestar. La crisis que preocupa a Gargarella, en cambio, es diferente. Él está preocupado por la “sala de máquinas” de la Constitución, por el diseño que habilita a los poderes públicos a tomar decisiones alejados de la ciudadanía, y así dejarla fuera de la construcción del derecho, y de la discusión sobre el significado de los derechos. En fin, uno se preocupa por la ineficacia normativa, y otro, por quien crea e interpreta esas normas. Hasta aquí yo no veo oposición, sólo diferentes énfasis.

El desacuerdo aparece cuando el jurista italiano propone entender al Estado constitucional de derecho como aquel en

16. Admito que las características de inalienabilidad e indisponibilidad que Ferrajoli adscribe a los derechos fundamentales puedan verse emparejada con las teorías iusnaturalistas de los derechos. Pero lo cierto es que al ser los derechos fundamentales normas de derecho positivo, que no reclaman ninguna otra fundamentación, ese emparentamiento sería algo antojadizo.

el que “la producción jurídica se encuentra disciplinada por normas, tanto formales como sustanciales, de derecho positivo” (Ferrajoli, 1999-2010: 19). De esta manera, Ferrajoli pretende asegurar que los derechos sociales sean considerados un mandato normativo de igual valor que otros, en especial, con la función de disciplinar la acción de los poderes públicos. Ello, claro, para el italiano supone asignar a los jueces el rol de disciplinadores de la producción jurídica, controlando el respeto de los mandatos positivos así entendidos. Y aquí es donde parece enfrentarse a Gargarella, ya que tal cosa significaría confirmar un diseño constitucional en que los jueces son quienes interpretan el alcance de los derechos fundamentales, a través de su tarea adjudicativa. Para el autor del *El derecho como una conversación entre iguales* es un “insulto” que el órgano que “tiene las credenciales democráticas comparativamente más débiles” (Gargarella, 2021: 196) sea quien decida que significan en concreto los derechos que tenemos.

El desacuerdo queda al desnudo cuando Ferrajoli arenga a los juristas, abogados, y jueces a cumplir un papel crítico y proyectivo para proponer correcciones, o nuevas formas de garantías desde la ciencia jurídica y la acción judicial. En vistas a asegurar la eficacia de los derechos, incita a llenar lagunas normativas, superar contradicciones y concebir las garantías faltantes (Ferrajoli, 1999-2010: 27-29). Por el contrario, Gargarella parece apelar a que tales indeterminaciones en el lenguaje de los derechos sean abordadas en una conversación ciudadana. Él hace explícito su descontento con la obstinación que abogados y juristas ponen en la pelea por identificar estrategias de litigio constitucional, elaborar doctrinas de justificación de la aplicación de derechos sociales, y/o remedios judiciales para su implementación. Eso que Ferrajoli señala como la tarea liminar de los juristas, es lo que el argentino considera un desvío de fuerzas, quizás un “gastar pólvora en chimangos”, en lugar de concentrarse en devolver autoridad a la ciudadanía (Gargarella, 2021: 190-191). Explica el autor argentino que “la falta de reformas en la organización

del poder amenaza con socava o directamente imposibilitar todo lo que quiere hacerse en relación con la causa de los derechos” (Gargarella, 2021: 191). El reclamo Gargarelliano es, al final del día, un reclamo por las prioridades en la tarea de transformación. Y como suele pasar con este tipo de reclamos (si primero el huevo o la gallina), es considerablemente polémico y difícil de fundar.

Nadie que conozca un poco el trabajo de Gargarella lo tomaría como un constitucionalista anti-derechos. Mucho menos como alguien que desprecie la lucha por los derechos que llevan adelante juristas y abogados, así como la ciudadanía en las calles. Lo que hace el jurista argentino es vaticinar un eterno fracaso en aquellas luchas por los derechos, si el acento no se vuelve hacia la sala de máquinas de las constituciones, hacia la organización de los poderes públicos y las reglas de toma de decisión. Entiendo que ese vaticinio tiene algo de cierto, pero en algún sentido, también descentra demasiado a su teoría (peligrosamente diría yo), del potencial democratizador que tiene el discurso de los derechos.

En esta última sintonía, quisiera terminar comentando dos cuestiones sobre el desacuerdo de Gargarella con Ferrajoli. Cuestiones que creo pueden ayudar a desanudar la tensión entre sus ideas.

En primer lugar, diría que es bastante pacífica la concepción de los derechos constitucionales como artefactos contra-mayoritarios. Al menos, en el sentido consensuado de que ellos funcionan como límites y exigencias sobre los poderes públicos representativos de las mayorías. En contraste, también hay bastante consenso en el tremendo poder democratizador que tienen los derechos como discurso para canalizar los reclamos ciudadanos hacia los poderes públicos. Asumo que ambas ideas muestran el lado paradójico de los derechos (contra mayoritarios y democratizadores a la vez), y que esta paradoja es parte del consenso académico. Ahora bien, tengo la impresión de que el contra-mayoritarismo de los derechos está lejos de ser problemático para Gargarella, en tanto, para él una decisión del

parlamento sobre los derechos no es mucho menos elitista, o mejor opción que la del Poder Judicial. No está defendiendo un control de constitucionalidad parlamentario, al estilo de Jeremy Waldron, ni propugna derechos menos normativos, o con menos carácter de garantía de minorías frente a las decisiones de órganos políticos.¹⁷ Lo que preocupa a nuestro autor es que sean los poderes constituidos, distanciados de la ciudadanía, quienes decidan qué derechos tenemos. En este punto, creo que sería un error también pensar que su propuesta es la de sacarle al Parlamento su competencia para legislar sobre los derechos, o sacarle al poder judicial su potestad adjudicativa para reconocer los derechos legislados en casos concretos. En términos más directos, no creo que Gargarella adscriba a formas de democracia directa. Su pretensión debería leerse, según la entiendo, en el sentido de propugnar reformar el proceso parlamentario y el judicial, para abrir la producción y adjudicación de los derechos a la voz ciudadana. En esto, podría leerse como una idea de proyección y de construcción del sistema normativo, es decir, una idea de igual carácter que la de Ferrajoli, aunque con distinto contenido.

Mientras Ferrajoli piensa en disciplinar la producción jurídica desde la racionalidad inductiva de la ciencia del derecho, Gargarella está pensando en disciplinar esa misma producción jurídica en el sentido de garantizar una conversación igualitaria entre ciudadanos afectados por esa determinación. Visto así, es un desacuerdo sobre las fuentes de legitimidad de la producción jurídica, antes que un desacuerdo sobre la naturaleza de los derechos, o sobre el control judicial de constitucionalidad.

17. Es pertinente considerar, sin embargo, que la idea de que el artefacto de los derechos es necesario, está atada al miedo a que las mayorías opriman a las minorías. En este sentido, en todo caso, es una vertiente más del miedo general a las mayorías que denuncia el libro de Gargarella, aún, cuando él no se ocupen en el libro de esta faceta del contra-mayoritarismo, instalada por el constitucionalismo.

Si lo dicho hace algún sentido, y pudiéramos encuadrar el desacuerdo de esta manera, me permitiría ahora sí, aseverar que la posición de Gargarella y Ferrajoli no están tan distantes como parecen. En efecto, una de las herramientas centrales de la racionalidad jurídica dogmática, arquetipo de la ciencia jurídica inductiva, es el principio del “debido proceso” en la toma de decisiones públicas. Esto es, la regla que indica que las decisiones deben tomarse escuchando de manera privilegiada y responsiva a potenciales afectados, y hacerlo en un debate con igualdad de armas (derecho de defensa, que incluye prueba y alegato). La extensión y explotación de este principio liminar de la dogmática jurídica, tanto en la producción legislativa como en la adjudicación judicial, podría ser el motor de una democratización substantiva del debate sobre nuestros derechos, tanto en los términos ideales de Gargarella, como en los disciplinares de Ferrajoli.

Debo reconocer, sin embargo, que no estaría segura de que el autor argentino se avenga a esta forma de desanudar el desacuerdo. Su apelación por devolverle la voz a la ciudadanía en materia de qué derechos tenemos, suele ser mucho más ambiciosa. Roberto parece creer que el contenido de los derechos es tan polémico, y la actividad de los juristas tan discrecional, que sólo el juicio de las mayorías deliberando en una conversación abierta de iguales, es la fuente legítima para decidir esa polémica. Lo que a mí me preocupa es que su enfoque a veces no parece dar cuenta de la posibilidad de que esas mayorías podrían oprimir a las minorías. En especial, de que las preferencias de las mayorías de “castas” ciudadanas, podrían imponer cómo deben ser y vivir las minorías. Intensas “preferencias externas” (en términos Dworkinianos¹⁸) de las mayorías, podrían ser herramientas

18. Dice Ronald Dworkin que “las preferencias de un individuo por las consecuencias de una política determinada pueden verse, tras un análisis más detallado, como un reflejo de una preferencia *personal* por disfrutar de ciertos bienes u oportunidades, o como una preferencia *externa* por la asignación de bienes u oportunidades a otros, o como ambas cosas... Si un argu-

de dominación y opresión sobre las “preferencias personales” de las minorías. Por eso, algunos de los ejemplos de Gargarella me resultan particularmente debatibles.

Uno de esos ejemplos es el de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso “Gelman”, sobre la amnistía al régimen militar uruguayo (Gargarella, 2021: 208-209). Allí nuestro autor parece asumir que las mayorías parlamentarias y plebiscitarias son la máxima expresión de la legitimidad democrática, y que su voz resulta atacada “elitistamente” por la CIDH desde el discurso de los derechos humanos. No es sencillo asimilar esta conclusión. Desde la perspectiva de las víctimas de violación de derechos, perpetrada por un régimen dictatorial, cuyas esquilas de dominación perviven en la sociedad uruguaya a modo de “casta” mayoritaria, la conclusión Gargarelliana es insatisfactoria. El reclamo de justicia de los directamente afectados por la decisión de “admitía”, descartado porque las mayorías así lo quieren, no parece la mejor de las respuestas. Ello es, según lo veo, una sobre-simplificación de lo que significa que los derechos se discutan en una conversación entre iguales. En principio porque una sociedad post-dictatorial como la uruguaya no ofrece las condiciones igualitarias para esa conversación, y porque lo que se discute tiene distinto valor para los afectados y sus victimarios, que para la comunidad que no participó directamente ni como víctima ni como victimario.

mento utilitarista equipara las preferencias externas con las personales, el carácter igualitario del argumento se corrompe, porque la probabilidad de éxito que tengan las preferencias de un sujeto cualquiera ...[dependerá] del respeto o afecto que esos otros tengan por él o por su modo de vida” (Dworkin, 1984-1995: 342-343).

Creo que la crítica de Dworkin al utilitarismo de preferencias es aplicable, en cierto sentido, a la regla mayoritaria como forma de decidir asuntos que sólo afectan personalmente a algunos. Distinguir entre “preferencias personales” y “preferencias externas”, es una buena base para criticar la plebiscitar la suerte de derechos humanos, y derechos de minorías. El asunto sin duda es mucho más complejo, pero vale la pena no olvidar sus tensiones.

Con un fuerte sentido contrario a la posición de plebiscitar derechos, las feministas argentinas se opusieron fervientemente a plebiscitar el derecho al aborto. No aceptábamos la idea de la legitimidad de las mayorías para decidir el destino de minorías oprimidas por el régimen contra el que luchábamos. Reclamar una escucha preferencial, en cuanto afectadas, sin privilegiar banalmente las preferencias de mayorías numéricas, constituida por castas genéricas, fue una lucha central. Éste es un asunto que creo Gargarella suele sobre-simplificar en varios de sus ejemplos, criticando a la estrategia plebiscitaria sólo por su sentido de *chantaje* a las mayorías (al no permitirle hacer tamices), pero obviando que los plebiscitos también implican una operación muy peligrosa en ciertos asuntos. Suponen a veces la imposición de las “preferencias externas” de las mayorías sobre las “preferencias personales” de minorías. Es decir, si sólo no importa que las mayorías puedan hacer matices en sus opiniones, dejamos que ellas decidan sobre la suerte de minorías de forma opresiva.

Creo que algunos de esas formas sobre-simplificadas de su crítica están atadas al “punto ciego” del que hablé antes, y por eso son peligrosas. En parte porque nuestro autor no termina de dar cuenta de qué significa una conversación ideal en una ciudadanía estructurada en castas sexo-genéricas, racializadas y de dignidades diferenciales. Dar cuenta de ello, vuelve a los derechos, y en especial a los derechos de las minorías, una herramienta igualadora indispensable. El riesgo de que la simple mayoría pueda convertirse en opresora, es tan acuciante como el riesgo de que las castas dirigenciales se distancien y silencien a la voluntad mayoritaria. Así que el único artefacto institucional disponible para atemperar ese riesgo, sigue siendo las reglas del debido proceso adjetivo y sustantivo en el debate por los derechos, extendidas idealmente a todas las decisiones de los poderes constituidos. Regla que aseguran la voz preferencial de los afectados, y evitan que las castas ciudadanas impongan su preferencia, sobre las vidas subalternizadas.

Permítaseme terminar mirando con el mismo lente otros dos de los ejemplos favoritos del libro. La Corte Suprema Argentina abrió el debate procesal en la causa *Mendoza* a través de audiencias públicas y participación de expertos y organizaciones interesadas e interesantes. Al hacerlo, no creo que la Corte se viera a sí misma como un foro público de democratización del debate ciudadano. Creo que en cambio estaba disciplinando el proceso de toma de decisión según el principio de escuchar a los afectados, y de garantizar su defensa adecuada en juicio, incluso la de aquellos que no fueron partes en el proceso, y que podrían ser afectados. Extendió razonablemente el principio liminar del debido proceso, y sus vertientes del debido contradictorio, derecho de defensa, y voz preferencial de afectados. Entiendo que lo encomiable del ejemplo es que la Corte se autopercibe como un órgano de adjudicación que disciplina la toma de decisiones conforme a su racionalidad liminar del debido proceso adjetivo.

Asimismo, las audiencias públicas legislativas que dieron espacio, voz y amplitud a la movilización feminista en el debate sobre la interrupción voluntaria del embarazo en Argentina, instanciaron, en cierto sentido, el mismo principio. Aunque parezcan más cercanas a un foro abierto a todos y todas, como antesala al gobierno de la regla mayoritaria representativa, lo cierto es que el formato de debate fue el de un estricto contradictorio con derecho a voz, posibilidad de hacer tamices, y decisión final de los representantes interpelados por esas voces. En lo substantivo, ese principio es el mismo que rige a la conversación ideal Gargarelliana. Y cuando los juristas trabajan en su expansión, también están fortaleciendo la idea de un derecho más abierto a la conversación entre iguales.

7. Conclusión

El derecho como una conversación entre iguales nos desafía a repensar nuestras instituciones y sus lógicas de producción

legítima del derecho. También interpela nuestras prioridades, y lo que naturalizamos y reforzamos en la lucha por los derechos. Es una invitación a dejarnos exorcizar, a repensar nuestras intuiciones disciplinares, y a imaginar otro constitucionalismo posible.

Aún sin estar de acuerdo con cada afirmación, enfoque y argumento del autor, es difícil no ser interpelada por sus ideas, y sacudida por las proyecciones de sus propuestas. La crisis actual del estado, del sistema representativo y de las democracias occidentales, reclama este tipo de abordaje. El compromiso de Roberto Gargarella con la democracia y sus instituciones nos ofrece una excelente opción de entrada para atender ese reclamo con bases teóricas excelentes.

BIBLIOGRAFÍA

- Ámbito. “La pobreza en tiempo es la principal causa de la desigualdad de género según Undav”. 28 de mayo de 2021.
- Cuello, C. (2021). ¡Qué se vayan todos! El sentido político de las manifestaciones del 19 y 20 de diciembre de 2021. Buenos Aires, Centro Editor de América Latina.
- Dworkin, R. (1984-1995). Los derechos en serio. Madrid, Ariel.
- Ferrajoli, L. (1999-2010). Derechos y Garantías. La ley del más débil. Madrid, Trotta.
- Gargarella, R. (2021). El derecho como una conversación entre iguales. Que hacer para que las democracias contemporáneas se abran –por fin– al diálogo ciudadano. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Siglo XXI.
- Instituto Nacional de Estadísticas y Censo (INDEC). *Encuesta Nacional del Uso del Tiempo 2021. Resultados Definitivos*. Buenos Aires: Instituto Nacional de Estadísticas y Censo (INDEC), octubre de 2022. <https://www.indec.gob.ar/ftp/cuadros/sociedad/enut_2021_resultados_definitivos.pdf>.
- Ministerio de las mujeres, género y diversidad. *Igualar. La participación de las mujeres en el trabajo, el ingreso y la pro-*

- ducción. Segundo trimestre del 2022*. Buenos Aires: Ministerio de las mujeres, género y diversidad, octubre de 2022. <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2023/01/informe-desigualdad_en_el_trabajo-igualar-segundo_trimestre_2022.pdf>.
- Municipalidad de Santa Fe. “Mayo de la Constitución - Ciclo de diálogos y encuentros para pensar la Constitución”. YouTube, 17 de mayo de 2023. Video, 5:20-30:00. <https://www.youtube.com/watch?v=xov7Ao_fPwQ>.
- NYU School of Law. “Are Constitutions Helping or Hindering Gender Equality?”. YouTube, 31 de marzo de 2023. Video. <<https://www.youtube.com/watch?v=EUKoEa2Gt3M>>.
- Rosanvallon, P. (2008-2009). La legitimidad democrática, reflexividad, proximidad. Buenos Aires, Manantial.
- Rubio-Marín, R. (2021). “En defensa de la paridad como forma de entender la democracia, con vocación de permanencia: En respuesta a Micaela Alterio”. *International Journal of Constitutional Law* 19, no. 4: 1445-1449.
- Silex Centro de Formación. “Diálogos Iusfilosóficos: Entrevista de Manuel Atienza a Roberto Gargarella”. YouTube, 5 de diciembre de 2021. Video. <<https://www.youtube.com/watch?v=Wfo35XkePQ4>>.

Fecha de recepción, 18 de junio de 2023

Fecha de aceptación, 9 de septiembre de 2023