

La “conversación entre iguales”: Un debate “abierto, continuo, inacabado” *

Roberto Gargarella

SUMARIO: 1. Agradecimientos preliminares– 2. Formas procedimentales del control judicial, y concepciones de la democracia – 3. Culpabilizar al pueblo...¿o sí? Racionalidad política y democracia – 4. Derechos sociales y “sala de máquinas” – 5. Palabras finales.

1. Agradecimientos preliminares

En las páginas que siguen, voy a ofrecer algunas respuestas y comentarios a las amables reflexiones que han presentado algunos estimados colegas -Rosalind Dixon, Tania Groppi, Gábor Halmai, Sergio Verdugo- en torno a mi libro *The Law as a Conversation Among Equals*. Lo haré con un ánimo “conversacional,” tratando de continuar un diálogo que -con todos ellos- tuve la suerte de empezar hace años, y tengo la esperanza de continuar por un buen tiempo.

Antes de abocarme a mis respuestas y comentarios, quiero hacer un agradecimiento a la *Rivista di Diritti Comparati*, por la oportunidad que nos ha dado, y por el espacio que ha abierto para desarrollar esta conversación. De manera muy especial, quiero agradecer a mi buen amigo Giuseppe Martinico, por su enorme generosidad, de la que he tenido la suerte de beneficiarme en muchas ocasiones. Espero saber compensar debidamente su gentileza habitual, para conmigo.

Sobre el ideal regulativo, y la práctica de los partidos políticos: Romper el pacto de lectura

Sergio Verdugo es un ilustrado colega, con quien venimos discutiendo -y desacordando, a veces- desde hace años. Me unen con él muchísimos intereses comunes, algo que advertí, de manera especial, a partir del entusiasmo y las muchas dudas que ambos mostramos, frente al reciente proceso constitucional en Chile. Según entiendo, su mirada sobre mi emprendimiento teórico en general, y sobre *El derecho como una conversación entre iguales*, en particular, ha sido, habitualmente, escéptica. Así lo confiesa y reafirma, desde el título, en el texto que escribió sobre el libro, y que ahora comento. En lo que sigue, quisiera realizar algunas precisiones frente a su trabajo, con el secreto ánimo de conmovier, en algo, su escepticismo.

* Artículo solicitado por la Dirección.

Según entiendo, el análisis de Sergio es fundamentalmente errado, por partir de un malentendido serio en cuanto a la naturaleza y los fundamentos de mi proyecto. Conforme a su análisis, el corazón de mi trabajo tiene que ver con la creación de un “ideal normativo” novedoso, a partir del cual derivo luego mis prescripciones sobre la práctica¹. Críticamente, él considera que en mi trabajo me muestro “desinteresado” en hacer cualquier esfuerzo por “reparar el barco” que se encuentra dañado -el sistema representativo, los partidos políticos- por lo cual opto (algo irresponsablemente) por “abandonar el mismo y construir uno nuevo”. La tarea en la que, a partir de allí, me involucro implica, según él señala, “desmantelar las instituciones existentes que se han convertido en cruciales para la democracia” para reemplazarlas por otras nuevas, lo cual -concluye- “no es un reclamo moderado”, o uno que merezca ser sostenido.

El núcleo de ideas que acabo de transcribir, que describe la visión esencial de Sergio sobre mi proyecto, revela la base principal de su yerro. La cuestión es la siguiente: mi proyecto se parece muy poco al que Sergio describe. Ante todo: la crisis radical que afecta al sistema representativo, y el irreversible deterioro que sufren los partidos políticos no aparecen, en mi texto, como conjeturas o descripciones algo imprecisas, sino como supuestos. Subrayo: se trata de los supuestos sobre los que se asienta mi libro. Puedo estar empíricamente equivocado, o no, en mi análisis sobre la cuestión (el estado de nuestras democracias), pero se trata de puntos de partida que, en mi trabajo, simplemente, tomo como dados². Luego, y a partir de dichas asunciones, comienzo mi estudio sobre algunas de las causas probables de tales cuestiones; sus preocupantes implicaciones institucionales; y algunas formas imaginables de hacerles frente.

Obviamente, la tarea de erigir nuestro trabajo sobre ciertos supuestos y fundamentos inicialmente definidos, no resulta extraña, sino muy común, en la reflexión académica. Se trata de una operación usual entre quienes nos dedicamos al análisis de la vida pública y sus instituciones. Dado el alcance siempre limitado de nuestros emprendimientos (por razones de tiempo, espacio, conocimientos, intereses),

¹ S. Verdugo, *The Law As a Conversation Among Equals – A Skeptical View*, en *Rivista di Diritti Comparati*, 2024, en este simposio. Salvo que se indique explícitamente lo contrario, los períodos citados en esta sección deben considerarse citas de este ensayo, tal como ha sido traducido al castellano por Roberto Gargarella.

² Sólo por mencionar un ejemplo de cuando me refiero a la cuestión, de manera explícita, en el primer capítulo del libro, sostengo que voy a tomar ciertos datos básicos de la vida política actual -el sentido de empoderamiento de la ciudadanía; la radical crítica que ella muestra frente a los representantes; la “angustia democrática”, la voluntad de tomar control de los propios asuntos, etc., etc.- como “supuestos” que “nos refieren a un *cambio de paradigma en términos democráticos.*”, R. Gargarella, *Law as a Conversation Among Equals*, Cambridge, 2022, p. 47.

solemos insertar nuestra labor teórica dentro de ciertos marcos predefinidos, que invitamos a nuestros lectores a tomar como dados. No hace falta mucho esfuerzo para dar cuenta de la habitualidad e importancia de tales ejercicios: Jean Jacques Rousseau tomó como punto de partida de su trabajo a ciertos rasgos propios de la naturaleza humana, mientras que Thomas Hobbes tendió a asumir, para el suyo, los rasgos contrarios. John Locke, por su parte, presumió la existencia de un cierto contrato social; mientras que David Hume consideró como elementos dados, para su análisis social, el hecho de la escasez y ciertas disposiciones humanas. De manera similar, John Rawls tomó como base dada, para su estudio sobre la “teoría de la justicia,” la existencia de una sociedad bien ordenada; etc. En tal sentido, cuando leemos a autores como los citados -entre tantos otros- lo hacemos aceptando, al menos provisionalmente, los puntos de partida que ellos nos proponen. Luego, y a partir de allí, nos internamos en el análisis crítico o reconstructivo que ellos nos ofrecen.

Por lo tanto, leemos mal a Rawls, por ejemplo, si descartamos de entrada el valor de la teoría de la justicia, diciendo “la sociedad bien ordenada, en verdad, no existe”; o desmerecemos el trabajo de Rousseau, a partir de nuestro convencimiento de que “nadie firmó nunca ningún contrato social”. Reaccionando así, habremos malentendido a tales autores, y roto también el pacto de lectura que -legítimamente- ellos nos proponen. En sentido similar, yo le diría a Sergio que su crítica a mi libro también parte de romper el pacto de lectura que propongo en mi libro. Yo no “abandono” el barco del sistema representativo existente, mostrando un completo “desinterés” por repararlo; o por la ansiedad de correr hacia un mundo alternativo, más en línea con mis preferencias teóricas o ideológicas. Entiendo mi proyecto de modo muy diferente: en mi libro, *supongo* la existencia de una situación institucional trágica, cual es la crisis radical e irreparable del sistema institucional, y frente a ella me pregunto -con preocupación, angustia, escepticismo y dudas- qué alternativa institucional puede resultar aceptable y asequible; y luego busco argumentos para fundar tal alternativa.

El grueso de los comentarios de Sergio, según entiendo, tienen como fuente un malentendido como el señalado. Por tanto y, por ejemplo, cuando Sergio sugiere que en mi libro, esencialmente, construyo un “ideal regulativo” para luego, y desde ahí, disparar prescripciones institucionales, no puedo, sino, tomarme la cabeza. No es así (irresponsablemente) como concibo y practico la actividad académica. Lo que me interesa otra cosa: pretendo explorar alternativas institucionales, frente a la “angustia democrática” que me genera el contexto de debacle institucional en el que vivo -una debacle que arrastra a mi familia, a mis amigos, y a una mayoría de mis compatriotas.

A eso dedico mi actividad académica, y ese propósito es el que le otorga sentido a lo que hago. No practico la academia como deporte.

Es solo allí -una vez ubicado el contexto y definida la gravedad de la crisis democrática dentro de la cual inserto mi estudio- cuando cobra importancia, para mi proyecto, definir un cierto “ideal regulativo” (en mi caso, el de la “conversación entre iguales”). Mi expectativa es que dicho ideal (me) ayude a precisar la dirección posible de una respuesta institucional, frente a la crisis. Tal ideal regulativo no aparece, entonces, como un *deus ex machina*, como un invento que cae desde el cielo, con la pretensión de “arrasar con todo” lo existente. Muy por el contrario (y lamento que parezca necesario aclararlo): no forma parte de mi proyecto, como sugiere Sergio, ni terminar con “lo establecido”; ni emprender un ciego “ataque contra los regímenes multipartidarios competitivos”; ni “descuidar o deliberadamente rechazar los beneficios de la competencia política”; ni “abandonar (el barco) en favor de mecanismos experimentales de los cuales todavía sabemos muy poco”. Es decir, no me interesa atacar nada, ni destruir nada, ni abandonar nada: lo que busco es -asumiendo la presencia de tales males- pensar y fundar algunas respuestas institucionales posibles.

En tal sentido, motiva mi trabajo teórico el convencimiento de que muchas de las “fallas” institucionales que se han producido en nuestro tiempo (muy en particular, pero no sólo, en las Américas) tienen que ver con yerros en el diagnóstico, y yerros, también, en las respuestas que ofrecemos frente a las crisis. Según entiendo, tendemos a responder a los problemas que enfrentamos, a partir de prejuicios o impulsos intuitivos, apoyados, en el mejor de los casos, en los ejemplos de derecho comparado que tenemos más a mano. Mi propuesta, al respecto, es diferente (muy marcada por el trabajo de Carlos Nino, y la tradición de la filosofía política -igualitaria- en la que él se encontraba inscripto), y consiste en ordenar y examinar críticamente diversas alternativas institucionales, conforme a ciertos ideales regulativos que procuro justificar en primer término (en el caso de Nino, el ideal de la democracia deliberativa resultó crucial, para explicar y pensar el diseño del Juicio a las Juntas militares, en la Argentina; o la reforma constitucional en la que él trabajara).

Desde ya, los supuestos que tomamos como dados, para nuestra labor teórica, también pueden resultar, en última instancia, cuestionados. No cabe duda de ello: podemos impugnar el sentido de tomar como supuesto un “contrato social”, o proponer -contra Rawls- que la “teoría de la justicia” resulte testeada en contextos “no ideales” (como el de la “sociedad bien ordenada”). Sin embargo, este tipo de ejercicios de la crítica académica resultan por completo legítimos y, a la vez, diferentes del que describiéramos más arriba. Ocurre que, ahora, partimos de reconocer el perfecto

derecho del autor del caso, a ofrecernos un análisis particular, enmarcado en los supuestos que ha considerado apropiado. En otros términos, resulta completamente válido cuestionar -también, y en última instancia- los supuestos de los que un cierto autor parte: lo que no puede hacerse es atacar a esos supuestos, como si no lo fueran, o fueran otra cosa, distinta de “hipótesis de trabajo”.

De entre los supuestos de mi propio trabajo yo destacaría, en particular, dos de ellos: i) la crisis radical que afecta al sistema representativo; y ii) la irremediable decadencia que sacude a los partidos políticos. Se trata, según entiendo, de fenómenos vinculados entre sí, y que encuentran un robusto apoyo en la práctica que nos rodea. Sobre el primero de tales supuestos -la *crisis de representación*- señalo, en el comienzo de mi libro, que la “sociología política” a partir de la cual se pensaron y diseñaron las constituciones de nuestros países, ha cambiado radicalmente, y ofrezco algunas sugerencias al respecto (qué es lo que explica semejante cambio, y sus preocupantes consecuencias). Nuestros antecesores pudieron imaginar una Constitución capaz de garantizar la “completa” representación de una sociedad que entendían formada por pocos grupos, internamente homogéneos (la nobleza, los grandes propietarios, etc.). Dicha “pintura de la sociedad” resulta insostenible, en nuestro tiempo, en el marco de sociedades fundamentalmente multiculturales y heterogéneas. De allí la virtual imposibilidad de conseguir, institucionalmente, lo que antes se entendía posible: la “representación completa” de esa diversidad.

El mal señalado termina arrastrando, según entiendo, a los *partidos políticos*. Tal vez, y por ejemplo, a mediados del siglo XX, tuvo sentido pensar que el Partido Laborista, o el Partido Obrero, o el Partido Socialista, iba a defender los intereses de una parte significativa, tal vez mayoritaria, de la sociedad: esperablemente, los representantes obreros sabrían cuidar los intereses (homogéneos) de los trabajadores (y así, de una porción significativa de la sociedad). Lo mismo el Partido Conservador en relación con los intereses de la “nobleza”; o el Partido Liberal con los intereses de la alta burguesía. Hoy, esperablemente, los partidos políticos, y por razones como las señaladas (la diversidad, heterogeneidad, mutabilidad de los intereses sociales) van a mostrar una dificultad radical en representar a porciones significativas de la sociedad - y, sobre todo, mantener en el tiempo esa representación.

En tal sentido, el análisis que ofrece Sergio Verdugo sobre las instituciones de nuestro tiempo (y los partidos políticos, en particular) me resulta fundamentalmente errado. Sin dudas, pueden existir cantidad de buenos argumentos para justificar la existencia de los partidos políticos. Sergio menciona a varios de ellos: los partidos políticos podrán ser “jugadores repetidos;” ellos podrán filtrar y acomodar intereses; ellos podrán proveernos de experiencia; ellos podrían ofrecernos análisis expertos; etc.,

etc. Otra cosa es, sin embargo, que tengamos razones para encontrar tales expectativas verificadas en la práctica política de nuestro tiempo. En tal sentido, sus afirmaciones suenan tan problemáticas como las que pudiera haber hecho algún autor, varias décadas atrás, en defensa del “buen monarca”. Ese autor podría defender la importancia de contar con un buen monarca, sosteniendo que el mismo podría “ofrecer un sentido de unidad”; “vincularnos a las tradiciones e historia de nuestro país”; “llevar el sentido de responsabilidad sobre sus espaldas”. Sin embargo - deberíamos decirle a ese autor de décadas atrás, como a Sergio hoy- que lo que nos ofrece son meras expresiones de deseos (o posturas normativizadas, como reconoce el propio Sergio), vinculadas con una historia ideal o superada, que no tenemos razones para pensar que volverá a repetirse, en las nuevas condiciones de nuestro tiempo.

Resulta de particular interés, en este sentido, tomar al ejemplo del proceso constituyente chileno, que utiliza Sergio, como caso para testear la fortaleza de sus afirmaciones³. Para Verdugo, una de las grandes falencias del primer proceso constituyente chileno (que termina con un rechazo, en plebiscito, en el 2022) tuvo que ver con la abundante presencia de “candidatos independientes” y -correlativamente- con la debilidad y escaso lugar que en tal proceso se reservara para los partidos políticos tradicionales. Ahora bien, debiera resultar obvio, a esta altura, que la radical debilidad y falta de peso que mostraron los partidos políticos, en ese entonces, tuvo mucho menos que ver con la torpeza del diseño institucional impulsado por algunos, que con condiciones políticas y sociales insoslayables: los partidos políticos (en especial los de la derecha) ganaron poco espacio y peso, en las discusiones constitucionales inauguradas entonces, en razón del profundo descrédito que padecían, lo cual obligó (en pos de la legitimidad del proceso constituyente puesto en marcha) a buscar respaldo democrático más allá de los partidos, y más en sintonía con las demandas participativas de una sociedad entonces excepcionalmente movilizadada. Este tipo de condiciones son las que, en mi libro, aparecen como supuestas: una extrema fragmentación de intereses; un extendido hastío social; una crisis radical en los partidos políticos. Quiero decir: el caso práctico, reciente, que más nos ha interesado a Sergio y a mí -el de Chile y su proceso constituyente- ayuda a verificar, antes que a refutar, los supuestos de mi trabajo, a la vez que hacen un llamado a que Sergio revise algunos de los suyos. En Chile, en efecto, los partidos políticos no mostraron su capacidad para aglutinar, procesar y filtrar intereses; ni supieron transmitir su saber experto; ni fueron capaces

³ S. Issacharoff – S. Verdugo, *Populismo constituyente, democracia y promesas incumplidas: el caso de la Convención Constitucional Chilena (2021-2022)*, en *International Journal of Constitutional Law*, 2023, p. 1 ss.; S. Verdugo – M. Prieto, *¿Cómo pueden fracasar los procesos constituyentes?*, *International Journal of Constitutional Law*, 2023, p. 1 ss.

de contribuir al debate público con su experiencia: ellos resultaron radicalmente repudiados por la vasta mayoría de la sociedad que -de modo absolutamente razonable- reconoció que tales entidades eran incapaces de garantizar cualquiera de esas virtudes prometidas.

Lo dicho resulta, reforzado (antes que moderado), cuando prestamos atención al segundo proceso constituyente chileno (el Proceso Constitucional 2023), surgido con posterioridad al pronto fracaso del primero. Ese segundo proceso se propuso, en efecto, “reparar” los errores y omisiones del primero, procurando (*contra* lo ocurrido en aquella primera ocasión) dar un lugar central a partidos políticos y comisiones de expertos (muy en línea con las búsquedas de Sergio). Sin embargo, debe notarse, el resultado obtenido no fue -como alguno pudo esperar- el éxito de una operación (que ahora sí, supuestamente) ofrecía una respuesta “responsable” o “adulta”, sino un nuevo y estrepitoso fracaso⁴. Así, emprendimiento del 2023 terminó por descuidar o dejar de lado una reflexión más comprometida sobre los requisitos que podían ser necesarios para dotar de legitimidad democrática al proceso que entonces se inauguraba. Una vez más, y según entiendo, los resultados fallidos de estos procesos no refutan ni afectan, sino que por el contrario refuerzan, los supuestos que tomo como dados en mi trabajo (la radical crisis de los partidos políticos, el hastío social, etc.). En cambio, creo que tales resultados (y, en particular, el fracaso de este segundo proceso) pone en cuestión -*contra* Sergio- el peso que debe otorgarse a partidos políticos y expertos, en eventos fuertemente necesitados de legitimidad democrática, como el relacionado con un proceso constituyente.

Un último punto que quiero mencionar se relaciona con el tipo de “alternativas institucionales” que comienzo a examinar en el final mi escrito: las “asambleas ciudadanas”. Siempre he mantenido un “optimismo escéptico” frente a las asambleas, y así lo he señalado cada vez que he reflexionado sobre las mismas -también, obviamente, en *The Law as a Conversation* (cap. 19). Según entiendo, en el marco de la catástrofe institucional en el que nos encontramos, tales asambleas nos ofrecen un material de estudio de enorme interés, que incluyen algunas notas esperanzadoras, según diré. Sin embargo, obviamente, no creo que alguno de los procesos asamblearios existentes, haya sido capaz de reflejar “perfectamente” “los ideales de la conversación entre iguales”. Sí me ha interesado, en cambio, llamar la atención sobre el sentido y valor de tales asambleas, y el lugar de interés que ellas pueden ocupar dentro de un “continuo” (en particular, en relación con el pobre lugar que pueden ocupar hoy

⁴ D. Landau – R. Dixon, *Sobre fracaso constitucional, constitucionalismo transformador y utopismo*, en *International Journal of Constitutional Law*, 2023, p. 1 ss.

nuestras instituciones representativas, dentro de dicha escala). En tal sentido, pensar en el valor de las asambleas de ninguna manera significa entender a las mismas como soluciones óptimas; como respuesta para todos nuestros problemas institucionales; y, sobre todo, como solución *única* capaz de desplazar cualquier interés por cualquier otro tipo de alternativas (como si, por ejemplo, en el libro no defendiera ciertas formas de la *judicial review*; o ciertos modos de la separación de poderes -tal como sugiere Sergio en su comentario). Lo que en mi libro destaco, sobre el sentido y valor de las asambleas (por caso, en el capítulo 19 de mi libro), es que el funcionamiento efectivo de las mismas nos ayuda a desmentir cantidad de prejuicios y presupuestos errados, muy comunes en nuestro tiempo, en relación con la racionalidad política de la ciudadanía, o la importancia y posibilidad del debate público sobre cuestiones de derechos (pienso, por caso, en prejuicios relacionados con la incapacidad de la ciudadanía para informarse sobre, o entender, temas complejos; prejuicios conforme a los cuales la ciudadanía no va a motivarse para intervenir en discusiones públicas relevantes; prejuicios acerca de la imposibilidad/impertinencia de abrir la discusión sobre “derechos fundamentales” al debate democrático, etc.). Ése es, para mí, el principal aporte de asambleas, y el que más valoro en mi trabajo. Sergio se equivoca, por tanto, al dedicar tanto tiempo y espacio a criticar el funcionamiento efectivo de las asambleas ciudadanas (toda la sección 6 de su escrito). Dicha crítica resulta irrelevante, en el contexto de mi libro, ya que mi propósito no fue nunca el de mostrar la infalibilidad, o la perfección, o el incondicional atractivo de las mismas. Mucho menos que eso, mi propósito en cuanto a las asambleas fue en extremo modesto: lo que me interesó fue subrayar, simplemente, que la experiencia ya acumulada en torno a las asambleas nos ayuda a pensar, y a revisar críticamente, prejuicios y juicios errados, que las propias ciencias sociales han contribuido a instalar, en torno a las posibilidades reales de una conversación entre iguales⁵.

⁵ Son muchas, en todo caso, las cuestiones que quedan pendientes de discusión, y que reservo para futuras conversaciones con Sergio. Menciono, en tal respecto, solo una de ellas. El punto -relativamente menor, pero importante- concierne lo que denomino “extorsión electoral”. La “extorsión electoral” que examino en mi libro refiere a una práctica común, pero no una regla propia, de los sistemas representativos y de votación. Me refiero a una “manufactura” y “manipulación” que los poderes concentrados (típicamente, los poderosos presidencialismos latinoamericanos) pueden poner en marcha, para obtener lo que, por otros medios democráticos, no podrían conseguir. Así, por ejemplo, al ofrecer “paquetes cerrados” al votante, que incluyan algo que muchos votantes desean (i.e., más derechos o protecciones sociales), y algo que ellos tienden a rechazar, pero que el poder de turno ambiciona (i.e., la reelección). Quiero decir, mis críticas al sistema representativo no anclan allí, sino en otras cuestiones y, sobre todo, mi escepticismo frente al mismo tiene menos que ver con la fuerza o exigencias de mi “ideal regulativo”, que con los supuestos en los que afincó mi trabajo, y que tiendo a

2. *Formas procedimentales del control judicial, y concepciones de la democracia*

Rosalind Dixon es una estimada colega, con quien venimos conversando sobre cuestiones institucionales desde hace mucho tiempo. Con ella tenemos algunos desacuerdos específicos relevantes, en torno al papel histórico de los tribunales constitucionales, y sobre todo, en torno al modo en que pensar la democracia. Ello, dentro de un amplio espectro de acuerdos que incluyen, de modo destacado, un común interés por re-adaptar a nuestro tiempo a concepciones procedimentalistas del control de constitucionalidad. Confieso que me congratula leer a Rosalind diciendo, algún tiempo luego de la publicación de mi libro, que el mismo tiene “éxito” en su ambición de avanzar un caso “a favor de una renovada política democrática e igualitaria,” y también, “en el intento de proteger a la democracia contra su retroceso, por medio de la re-vigorización de la misma, en lugar de envolverla en un ‘algodón constitucional’”⁶.

Rosalind llega a esa conclusión porque, según entiendo, ella comparte, genuinamente, parte central de mi diagnóstico, y confía en algunas de las respuestas que ofrezco. Coincidimos ambos, por ejemplo, en la preocupación frente a las situaciones de “erosión democrática” y *backsliding*; y acordamos también en advertir los riesgos que genera el “desacople” (*mismatch*) existente entre las expectativas sociales que existen (de “voz y participación, de parte de la ciudadanía”), y marcos institucionales que “siguen siendo largamente no-participativos, en su naturaleza”.

A la hora de pensar en instrumentos institucionales capaces de dar respuesta a los problemas de nuestro tiempo, ambos consideramos que los derechos constitucionales pueden jugar un papel importante, aunque -buscando escapar de toda ingenuidad institucional- reconocemos también los riesgos y abusos que esperablemente pueden generarse al respecto, particularmente en sociedades desiguales y con poder concentrado. A mí me interesó señalar, al respecto, el riesgo de que el poder de turno, frente a situaciones de crisis, conceda derechos mientras mantiene “cerradas las puertas de la sala de máquinas de la Constitución”⁷. Rosalind, mientras tanto, ilustró, de modo brillante, la extendida práctica presidencial de “otorgar derechos como sobornos” – “rights as bribes”⁸.

ver verificados en la práctica (i.e., la radical heterogeneidad de nuestras sociedades y, consecuentemente, las dificultades que existen para representarla institucionalmente).

⁶ R. Dixon, *Conversation or Competition Among Equals*, en *Rivista di Diritti Comparati*, 2024, en este simposio.

⁷ R. Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, 2014.

⁸ R. Dixon, *Constitutional Rights as Bribes*, en *Connecticut Law Review*, 2018, p. 381 ss.

De modo más relevante, y tal como ya lo adelantara, Rosalind y yo coincidimos -junto con otros académicos- en valorar un acercamiento “procedimental” al control judicial, como el que recomendara John Ely, en 1980⁹. Ambos consideramos que los tribunales tienen un papel que jugar, en la protección de nuestras democracias que -justamente- puede y debe ser consistente con la prioridad que asignamos a -consistente con la prioridad que debe tener, en nuestras democracias constitucionales- la política democrática. Como ella no profundiza en esta cuestión, en su texto (Rosalind ha dedicado su libro *Responsive Judicial Review*, enteramente, a este tema), no voy a detenerme en el punto, pero al menos quisiera aprovechar la ocasión para señalar algún matiz importante que nos separa, en esta coincidencia. En mi libro, defiendo (como ella) un rol muy activo para los jueces, frente a situaciones de “erosión constitucional,” aclarando que presento tal “propuesta” como vinculada con el ideal regulativo de la “conversación entre iguales”. Inmediatamente, sin embargo, agregó que no confío en que, bajo la estructura de incentivos constitucionales con la que contamos (y, mucho menos, a partir de los desarrollos que esa imperfecta estructura ha ido generando, con el paso del tiempo), los jueces se comprometan con un tipo de soluciones como las que ambos preferimos. Tales alternativas no se encuentran bloqueadas o prohibidas por nuestras estructuras constitucionales, pero son desalentadas por ellas. Es decir, no es dable esperar -bajo las condiciones institucionales existentes- que los jueces adopten actitudes “reconstructivas” o “protectivas” de la democracia, aunque ocasionalmente podamos encontrarnos con decisiones judiciales atractivas, y que aparezcan dirigidas en tal dirección (volveré sobre el punto más adelante).

Rosalind, en cambio, parece desentenderse de lo que llamo la cuestión de la “motivación judicial” (¿por qué deberíamos esperar, bajo las condiciones presentes, que los jueces adopten nuestra concepción favorecida? -aquí, una concepción procedimental pro-democrática). Ello cuando -insisto- los jueces han pasado a ser parte integral del problema democrático que actualmente padecemos (ya sea por el modo en que, en muchos casos, han sido cooptados por el poder político, ya sea porque advierten los amplios beneficios que pueden obtener, desde su posición de privilegio, en el marco de instituciones muy frágiles).

Y algo más -más importante y más serio- sobre lo que, en el contexto de esta discusión, no puedo abundar: difiero con su postura en cuanto al contenido o dimensión del problema central de nuestro tiempo -el problema contra el cual los

⁹ J. Ely, *Democracy and Distrust*, Cambridge, 1980. Ver, en particular, R. Dixon, *Responsive Judicial Review*, Oxford, 2023; S. Gardbaum, *Comparative political process theory*, en *International Constitutional Law*, 2020, p. 1429 ss.; S. Gardbaum, *Comparative political process theory II*, en *Global Constitutionalism*, 2024, p. 1 ss.

Roberto Gargarella

La “conversación entre iguales”: Un debate “abierto, continuo, inacabado”

jueces deberían concentrar sus energías. Por una parte, ella acierta en hacer referencia al problema del *backsliding*¹⁰ o la “erosión democrática”. Este problema -que yo llamaría, más bien, el *problema constitucional o del sistema de frenos y balances*, en lugar de, el problema de la “erosión democrática”- es, sin dudas, un problema crucial de nuestra época. Me refiero a la situación típica de Ejecutivos que, “desde adentro”, socavan poco a poco la estructura de los *checks and balances*. Sin embargo, a través de esa misma operación (acertada) ella se olvida de, o deja de lado, el que es -en mi opinión- el problema más importante de nuestra era. Me refiero al *problema democrático*, que es diferente (y no debe ser superpuesto con) el citado problema constitucional. El problema democrático va más allá de los mecanismos de “*checks and balances*”, y nos refiere a ciudadanos desencantados frente a la política; frustrados frente a su clase dirigente; y obstaculizados o no alentados, por el sistema institucional, para ganar poder de “decisión y control” (el “test de un sistema republicano,” según Thomas Jefferson). Según entiendo, el problema democrático es el problema institucional de nuestro tiempo (tanto o más que el problema constitucional).

Me detengo ahora, algún instante, en un último punto que destacaría del muy breve, pero a la vez muy rico, texto de Rosalind Dixon. Me refiero al tema de la democracia y el diálogo constitucional. Aunque los acuerdos con Rosalind también llegan (sorprendentemente, o no), a las asambleas ciudadanas, y a ciertas formas “lotocráticas” de la política democrática (y eso es mucho, y es muy importante), creo que vale la pena sacar a la luz, antes que opacar, los desacuerdos que mantenemos en dicha área. A la hora de presentar lo que Rosalind denomina “la única pregunta” o duda que mantiene, frente a mis planteos, ella hace referencia a una disparidad entre nuestros enfoques que alude, a decir verdad, a una cuestión “mayor”. Ella sugiere, en tal respecto, un sistema “híbrido” que no se asiente, exclusiva o fundamentalmente en la participación ciudadana, sino que combine dicha participación con formas (que reconoce como) “elitistas”. A partir de allí, ella habla de su preferencia por sistemas que organicen una “competencia entre iguales”, antes que una “conversación entre iguales.” Aunque el planteo que realiza Rosalind es -característicamente- amigable y amable (lo que la lleva a minimizar la cuestión), su sugerencia encierra, en realidad, y como anticipaba, una diferencia de mucho peso.

La idea de promover, ante todo, una competencia entre partidos políticos, es -obviamente, y debe reconocérselo así- muy diferente de la que parece propia de una “conversación entre iguales”. Ello, sobre todo, por tres razones. Primero, porque los partidos políticos nos ofrecen estructuras anquilosadas, esclerosadas, que -conforme

¹⁰ T. Ginsburg – A. Huq, *How to Save a Constitutional Democracy*, Chicago, 2018.

Roberto Gargarella

La “conversación entre iguales”: Un debate “abierto, continuo, inacabado”

asumo en mi trabajo- se encuentran en decadencia y difícilmente puedan volver a ser lo que fueron a mediados del siglo XX (ya he hecho referencia a esta cuestión, más arriba). Segundo porque, obviamente, la “conversación” nos refiere a una práctica de naturaleza muy diversa de la “competencia” que no es meramente intercambiable con esta última. La “conversación” se basa en la idea de que la voz de cada ciudadano es relevante e irremplazable, porque -como ya señalara- cada uno puede ofrecer un punto de vista que los demás -esperablemente- van a tener dificultades en reconocer o sopesar en su debida importancia. Consultar a esos diversos puntos de vista, en su singularidad, resulta decisivo, particularmente en sociedades multiculturales y heterogéneas como las nuestras. De tal forma, no es dable esperar que, en un sentido relevante, los partidos políticos “representen” la diversidad social existente: el clivaje “izquierda-derecha”, por ejemplo, dice poco sobre lo que cualquier ciudadano sostiene respecto de una mayoría de cuestiones (la relación público-privado; los límites de la libertad de expresión; las políticas públicas en materia de género; el rol de los sindicatos; etc.). Finalmente, y en tercer lugar, diría que la concepción de la democracia que deja entrever el breve texto de Rosalind, nos refiere a una concepción muy restrictiva de la misma, a pesar de que (como es habitual en algunos de sus últimos trabajos), ella parezca oscilar entre la defensa de ideales y propuestas que parecen estar en tensión entre sí, o apuntar en direcciones contradictorias. En los pocos párrafos que le dedica a la cuestión democrática en su texto, Rosalind habla de “sistemas de voto compulsivo”; de los niveles de presentismo (*turnout*) de los votantes en las elecciones; de la importancia de seducir al “votante medio”; del “igual acceso al sufragio”; de la “competencia” (de los partidos en las elecciones) antes que de la “conversación”; etc. Todos esos indicios reafirman (a pesar de que ella valore experiencias como las de la Convención Constitucional en Australia 1988), que su acercamiento a la democracia, insistentemente, tiene que ver con una concepción esencialmente “minimalista” de la misma¹¹. En dicha concepción, la idea de democracia queda reducida fundamental (aunque, insisto, no exclusivamente) a un sistema de elecciones periódicas. Para la concepción que yo defiendo, en cambio, democracia es lo que ocurre, fundamentalmente, *entre elección y elección*.

¹¹A pesar de los esfuerzos en contrario que plantea, por ejemplo, R. Dixon, *Responsive Judicial Review*, Oxford, 2023.

3. No culpabilizar al pueblo... ¿o sí? Racionalidad política y democracia

Compartimos, con Gábor Halmai, la mayoría de las preocupaciones institucionales que se derivan de la crisis propia de las democracias contemporáneas. Esto no es extraño dado que venimos de países y regiones (Hungría/Europa del Este; Argentina/América Latina) en donde dicha crisis ha adquirido dimensiones particularmente alarmantes. Nos angustian los fenómenos de “erosión democrática”; el “déficit democrático” que reconocemos en nuestros respectivos contextos; el discurso manipulativo que llega desde el poder (hablemos de Viktor Orbán, en Hungría; Jair Bolsonaro en Brasil; Javier Milei en la Argentina...); las falsas invocaciones al “pueblo” que hacen los líderes autoritarios (para luego imponer su propia voluntad, pero en nombre del “pueblo”); las restricciones a los derechos fundamentales; las violaciones de los intereses básicos de las minorías vulnerables, la directa persecución de grupos desaventajados; etc.

La posibilidad de mantener un nivel de acuerdos semejante no es obvia, dentro de la comunidad política, y mucho menos dentro de un ámbito académico como el nuestro, en donde solemos enfrentarnos o distanciarnos del resto, a partir de cuestiones menores -a veces, la mera vanidad. En todo caso, dentro de ese marco de intereses y miradas compartidas, quisiera destacar una cuestión en particular, que tiene la virtud tanto de referirnos a un acuerdo importante (que une a mi línea de trabajo con la de Gábor); como la de sugerir una diferencia también relevante, en relación con su enfoque teórico. La cuestión a la que me refiero es la relacionada con *Who is to Blame?*¹², esto es decir: la pregunta relacionada con los sujetos a quienes corresponde culpar por la falta de consolidación y el *backsliding* que sufren nuestras democracias. Al respecto, Gábor realiza una serie de afirmaciones que distinguen a su postura de la que sostienen muchos de nuestros colegas. Con razón, él se resiste a “culpar al pueblo” de la declinación democrática. Citando a un trabajo de Jan-Werner Müller, sostiene que los ciudadanos del común son muchas veces engañados por demagogos; pero, sobre todo -y lo que es más importante- destaca que es el “*establishment* conservador” el que finalmente tiende a hacer posible el gobierno de los autoritarios. Junto con Kim Lane Scheppele, además, Gábor Halmai mantiene, acertadamente, que es “la política” la que fracasa en ayudar a la ciudadanía, en la vida pública, ya que deja a los ciudadanos comunes frente a opciones por completo inatractivas. Luego -concluye- cuando una de tales inatractivas opciones resulta electa, lo que corresponde hacer es señalar a los partidos políticos, antes que a los ciudadanos, por tan pobre resultado.¹³

A partir de este particular acuerdo, sin embargo, emerge un desacuerdo también relevante -al menos, en cuanto a su potencia, como fuente de nuevas diferencias. Gábor se refiere entonces la “ignorancia de la mayoría de la opinión pública”; alude a

¹² G. Halmai, en *Rivista di Diritti Comparati*, 2024, en este simposio.

¹³ Ver, por ejemplo, K.L. Scheppele, *The Party's Over*, en M. Graber – S. Levinson – M. Tushnet (eds.), *Constitutional Democracy in Crisis*, Oxford, 2018, p. 495.

los ciudadanos como *plainly irrational*; habla de personas “siempre listas para ser engañadas por los demagogos”; las describe como “desinteresadas por votar”; y también presenta a tales sujetos como individuos que no se dan cuenta de que las políticas de gobierno afectan sus intereses; etc. Desacuerdo fuertemente con este tipo de afirmaciones, pero -debo agregar- ellas me resultan sorprendente, a la luz de otras consideraciones que introduce Gábor en su breve texto.

Ocurre que, en la parte primera de su escrito -referida a las “transiciones democráticas no-democráticas”- Gábor critica (con razón) al “sistema institucional arraigado”, y da cuenta de una situación grave que, en buena medida desmiente aquello que afirma en relación con la racionalidad política del ciudadano común, en la segunda parte. En la sección primera, en efecto, él nos comenta que fue la Corte Constitucional la que, por ejemplo -y a partir de una interpretación más bien extravagante de la Constitución, que resultaba además “contraria a la voluntad popular” - consideró que “el poder supremo” no residía en el pueblo (tal como lo establecía explícitamente la Constitución), sino en los órganos representativos. Del mismo modo, Gábor nos muestra de qué forma la Corte Constitucional, a veces en acuerdo, y a veces en desacuerdo con la mayoría parlamentaria, decidió -indebidamente- cuestiones fundamentales sobre justicia transicional, en contra del pensamiento y los reclamos -completamente razonables- de la mayoría ciudadana (por ejemplo, en favor de una mayor transparencia en el acceso a los documentos de la política secreta comunista). Quiero decir, los dos casos fundamentales que el mismo Gábor Halmai elige para ilustrar los desarrollos de la vida política de su país, desmienten, en lugar de reafirmar, lo que él sostiene, con mayor énfasis, en la segunda parte de su escrito: la incapacidad, la ignorancia, o el carácter manipulable de la ciudadanía. Sus ejemplos nos muestran otra cosa: ciudadanos razonables frente a instituciones colonizadas por el poder. En definitiva, es el propio Gábor Halmai quien, en la parte primera de su escrito, socava en lugar de respaldar, lo que él mismo sostiene en la segunda parte de su trabajo.

Más allá del hecho citado (la contradicción interna que se advierte en su artículo), lo cierto es que el tipo de críticas que Gábor enuncia, en relación con la (ir)racionalidad ciudadana, se contradicen con algunas afirmaciones que, en mi libro, aparecen como supuestos fundamentales. Permítanme, por tanto, reconocer y destacar brevemente esas diferencias. Desde el primer capítulo mismo de *The Law as a Conversation..*, adopto de manera explícita (lo que denomino) una posición “Milleana” en la materia, para sostener que “cada individuo es el mejor juez de sus propios intereses.”¹⁴ Una afirmación semejante no implica la necesidad de considerar que cada persona es infalible, o plenamente consciente (omnisciente) sobre sus necesidades y posibilidades. Se trata, simplemente, de considerar, como lo hacía Mill -con absoluta sensatez- que “cada persona es la más interesada en su propio bienestar”¹⁵. Esto quiere decir, sencillamente,

¹⁴ Del mismo modo, y como señalara Robert Dahl, “en la ausencia de una fuerte demostración en contrario, cada persona debería ser asumido como el mejor juez de sus intereses”, R. Dahl, *Democracy and its critics*, New Haven, 1989, p. 100.

¹⁵ J. Mill, *On Liberty*, London, 2003 [1859].

que aún cuando los demás pueden preocuparse, genuinamente, por la suerte de uno, ellos van a encontrar obvias dificultades para entender y sopesar, de modo apropiado, los intereses de cada uno de nosotros. Es decir, por más esfuerzo que hagan por reconocer nuestros puntos de vista, va a costarles entender de qué modo es que cada uno de nosotros *procesa* los problemas que afronta, o *cuánto peso* le asigna uno a las dificultades que enfrenta, o a las soluciones que otros les proponen para hacerles frente.¹⁶ De este modo, mi posición sobre la cuestión se contrapone, decisivamente, con la que aparece implicada en la postura de Gábor: entendemos de manera muy diferente estas fundamentales cuestiones relacionadas con la racionalidad individual y colectiva. Dicha variación, según entiendo, tiene la potencia de extenderse a otros aspectos relevantes, vinculados con la filosofía política en la que apoyamos nuestros respectivos trabajos. Ello así, aunque los detalles de tales diferencias no queden evidenciados en esta particular porción del diálogo que desarrollamos.

4. *Derechos sociales y “sala de máquinas”*

Con Tania Groppi nos conocemos hace pocos años, pero desde el primer momento hemos coincidido tanto en nuestra aproximación general al derecho, como en términos ideológicos. Según entiendo, ambos miramos al derecho críticamente, y desde una perspectiva (llamémosla así) fuertemente igualitaria¹⁷. Del escrito que presenta para este coloquio destacaría, en primer lugar, cierto diagnóstico compartido, en torno a los males (institucionales) que afectan a nuestra democracia. En particular, me interesa subrayar el común interés por pensar “la fractura que se da entre las expectativas populares y las respuestas que las instituciones están en grado de dar”¹⁸. En otros términos (más cercanos a los que fueran propios de la *Comisión Trilateral*, en 1975)¹⁹ ambos estamos preocupados por “la sobrecarga de demandas” que se acumulan en los momentos electorales, y que “casi inevitablemente terminan por generar frustración y confusión”. A la vez (y ahora contra la que fuera la principal respuesta institucional ofrecida desde la “Trilateral,” que fuera la de restringir a la democracia) ambos proponemos el reforzamiento, o la re-vigorización de la democracia. La pregunta, obviamente, es cómo hacerlo.

¹⁶ Conviene advertir, por lo demás, el modo en que los dos ejemplos que ofrece Gábor Halmi en su texto reafirman lo que acabo de señalar. Esto es: los ejemplos arriba referidos (que desmienten al propio Gábor) ayudan a respaldar la idea de que los ciudadanos pueden reconocer bien sus intereses - no por clarividencia, no por supra-racionalidad, no por dotes extraordinarias sino, simplemente, porque, como decía Mill, “cada persona es la más interesada en su propio bienestar”, J. Mill, *On Liberty*, London, 2003 [1859].

¹⁷ T. Groppi, *Oltre le gerarchie. Discutendo il futuro del costituzionalismo sociale*, Roma-Bari, 2021.

¹⁸ T. Groppi, “El derecho como una conversación entre iguales” di Roberto Gargarella e il costituzionalismo sociale del Secondo Dopoguerra: un dialogo possibile?, en *Rivista di Diritti Comparati*, 2024, en este simposio.

¹⁹ Ver M. Crozier – S- Huntington – J. Watanuki, *The Crisis of Democracy. Report on the Governability of democracies to the Trilateral Commission*, New York 1975.

En cuanto al “qué hacer,” el escrito de Tania se dedica, en una extensa primera parte, a ofrecer un complemento a lo que digo en mi libro -un complemento que valoro y suscribo. Tania señala, con razón, que mi libro se concentra casi exclusivamente en el constitucionalismo americano (con particular atención en el constitucionalismo de América Latina) y, en tal sentido, descuida o no prioriza el estudio del derecho europeo -derecho éste que puede ofrecer ideas y posibilidades muy atractivas, a la hora de pensar en los problemas democráticos que estudio. Razonablemente, Tania no me “reclama” que incluya en mi libro lo que no he incluido (y no he incluido referencias sistemáticas al derecho europeo, simplemente, porque lo conozco y he estudiado menos, vis a vis al derecho americano, del que me considero experto). Lo que ella señala es que mi análisis y mis ocasionales propuestas podrían enriquecerse con una revisión más detallada de los desarrollos institucionales que se han ido dando en Europa -y, en particular, según su perspectiva, en Italia.

Más específicamente, Tania se ocupa de destacar el valor del “constitucionalismo social europeo”, en general y, en particular, el carácter “profundamente democrático” (antifascista, en sus orígenes) del constitucionalismo italiano -un constitucionalismo que, desde su artículo 1, proclama estar vinculado con una “república democrática, fundada en el trabajo”. A partir de allí, Tania defiende muchos de los mecanismos propios del constitucionalismo italiano y, muy en particular, “mecanismos de garantías”, como la Corte Constitucional que, en su opinión, no merecen ser considerados “instrumentos de la elite contra el pueblo” (una crítica que, en apariencia, podría derivarse de mis propios dichos), sino como una respuesta constitucional al pluralismo.

En principio, simplemente declaro que tomo su propuesta y consejo: creo que, en futuros trabajos, debería extender mi estudio comparativo a Europa, y nutrirme de los desarrollos y avances ejemplares que allí se dieron, en particular desde comienzos del siglo XX. Ahora bien, sobre los compromisos constitucionales y arreglos institucionales particulares que ella defiende en su texto -digamos, derechos sociales y tribunales activistas como la Corte Constitucional italiana- quisiera decir, al menos, dos cosas. En primer lugar, señalaría que tales creaciones no son ajenas a la tradición latinoamericana. Más bien, como Tania sabe, y como destaco en mi libro, el constitucionalismo social tiene su origen (y muchos de sus mejores desarrollos) en América Latina (i.e., con la Constitución de México de 1917). Mencionaría además, y lo que es más importante, que la jurisprudencia avanzada en la región (i.e., la elaborada por la Corte Constitucional de Colombia, que Tania conoce a la perfección) está a la vanguardia del derecho comparado sobre la materia.

Dicho lo anterior, y en segundo lugar, quisiera aclarar cuál es mi posición en la materia (una posición que estará marcada, siempre, por una clara perspectiva latinoamericana). Mi postura no es, de por sí, crítica acerca del valor de los derechos sociales, ni tampoco hostil a la labor de los tribunales constitucionales. Por el contrario, como sostengo en mi libro, considero que los derechos fundamentales deben ser entendidos como la cristalización/constitucionalización de compromisos que -en

tanto comunidad- decidimos asumir históricamente (de manera habitual, luego de procesos extensos, marcados por conflictos, disputas, movilizaciones, etc.). En tal sentido, veo a los derechos sociales como conquistas importantes, que expresan un acuerdo colectivo que implica afirmar algo como lo siguiente: “como sociedad, nos comprometemos a hacer nuestros mayores esfuerzos por garantizar, a futuro, la protección de estos intereses, que consideramos fundamentales y que hemos deshonrado en el pasado”. Este tipo de compromisos colectivos me resultan normalmente muy atractivos, y particularmente pertinentes, en el caso de los derechos sociales.

Dicho lo anterior, y ahora sobre los tribunales constitucionales o superiores, mi postura no es inamistosa, sino, ante todo, escéptica. Y es que i) no creo que las instituciones principales en la que delegamos el *enforcement* de esos derechos -los tribunales- se encuentren bien diseñadas (en términos de los incentivos institucionales que reciben, su modo de composición, etc.) para lograr los fines que buscamos; y ii) considero que, en particular, en las actuales condiciones de *democratic decay*, “erosión democrática,” etc., los tribunales no sólo tienen dificultades para convertirse en la solución del problema (i.e., la falta de aplicación y puesta en marcha de los derechos sociales), sino que han pasado a ser parte integral -central- del problema en juego.

Por supuesto, ello no ocurriría si -como se ilusiona Tania- contáramos con una “sociedad civil activa”, y con un sistema autonómico y federal intenso, rico y articulado. Pero lo cierto es que no contamos con tales condiciones, y no es dable que tales desarrollos virtuosos se consoliden en tiempos de desigualdades económicas crecientes, y poderes de decisión que se concentran. Lo que solemos encontrar a nuestro alrededor es -lamentablemente- la peor versión, la más regresiva, de instituciones que, ya en sus orígenes, aparecían diseñadas de un modo defectuoso. Otra vez, Tania podría intervenir aquí para distinguir los orígenes elitistas del diseño institucional americano, del origen más democrático del constitucionalismo italiano. Sin embargo, y aún aceptando que el caso americano es más preocupante y grave que el europeo, en muchos casos, me arriesgaría a señalar que, con el correr del tiempo, el problema que enfrentamos ha pasado a ser fundamentalmente el mismo. Juega a favor de mi postura el hecho de que hoy veamos -en América como en Europa- repetidas escenas de desencanto político; baja participación popular en las elecciones; una radical crisis de representación; y tribunales compuestos por elites -a veces más progresistas, a veces más conservadoras; etc.

Es en puntos como los señalados donde radica mi habitual observación sobre la “sala de máquinas”. Lo que sostengo es que durante décadas (sino siglos) hemos descuidado los modos en que ha quedado diseñada la sección referida a la organización del poder, en nuestras Constituciones (esencialmente, la “sala de máquinas”). Ello así, en parte, porque prestamos una excesiva, sino exclusiva atención constitucional a la inclusión de nuevos y mejores derechos (sociales, económicos, etc. -derechos, como dije, siempre necesarios), mientras que descuidamos la artesanía de la maquinaria de gobierno -descuidamos la reflexión relativa a qué herramientas institucionales

necesitamos para tornar probable la activación de los derechos que -orgullosamente- incorporamos en nuestras constituciones²⁰.

Al respecto, agregaría que, lamentablemente, y por la razón que sea (elitismo, desconfianza, paternalismo, etc.) nuestras instituciones (judiciales) nacieron y/o se desarrollaron de formas que tienden a impermeabilizarlas frente al diálogo colectivo: ellas tienden a quedar separadas de la “conversación entre iguales”. En buena medida, podría decirse, ellas nacieron con la capacidad para actuar con autonomía frente a las quejas y desafíos ciudadanos. Los modos de acceso a la justicia resultan, en general, muy limitados; los jueces se encuentran -abierta, explícitamente- separados del debate público; sus miembros no son directamente responsables, frente a la ciudadanía; los magistrados suelen ser elegidos de manera indirecta, y suelen mantenerse en sus cargos por períodos extensos. Los jueces tienen, por lo demás, plena libertad para interpretar la Constitución a su criterio (a la vez que existen teorías interpretativas para todos los gustos); gozan de amplios privilegios; cobran sueldos extraordinarios; etc. Ese marco institucional de amplio acceso a privilegios y pocos controles, resulta hoy común, en América y en Europa, para describir al Poder Judicial, y ofrece (en mi opinión) el peor esquema de incentivos posible, para esperar una actuación “progresista” o igualitaria, por parte de los jueces. En contextos institucionales frágiles, como los latinoamericanos, lo que puede predominar es la corrupción, la dependencia política de los jueces, los procesos extorsivos por parte de estos (sobre la clase política o empresaria, en busca de aún mayores privilegios), etc. Esto no es incompatible con la existencia de (coyunturales) tribunales “progresistas” e independientes, pero tal resultado -debemos saberlo- no se convertirá en la regla ni en la situación esperable o más común. En contextos institucionales más sólidos, como el europeo, algunas de las patologías esperables en América pueden resultar más excepcionales, pero muchos de los (desafortunados) resultados que mencionara, también aparecen como previsibles (jueces que viven en el privilegio y que procuran, sobre todo, mantener esos privilegios). Otra vez, no se trata de un sesgo “anti-judicial”, sino de una crítica a la estructura de incentivos existentes, en nuestros marcos constitucionales.

Por lo dicho hasta aquí, mi temor y mi preocupación, frente a un escrito interesante, amigable y lúcido como el de Tania, es que el mismo termine descansando exageradamente en la buena disposición o la buena voluntad de nuestros representantes y jueces. No extraña, por tanto, que ella concluya su escrito reclamando la emergencia de funcionarios públicos “capaces de expresar amor por el bien común”. De forma entendible, ella cierra su trabajo con una palabra/pregunta, que dirige hacia nosotros, pero que también orienta hacia sí misma: “¿Utopía?”. Lamentablemente, debo responderle que “sí”: el planteo último de su trabajo es de carácter utópico, a la luz de la imperfecta, inapropiada, inatractiva, estructura de incentivos que todavía distingue a nuestras democracias constitucionales.

²⁰ A. Chilton – M. Versteeg, *How Constitutional Rights Matter*, Oxford, 2020.

Roberto Gargarella

La “conversación entre iguales”: Un debate “abierto, continuo, inacabado”

5. *Palabras finales*

Concluyo este breve escrito, a través del cual he procurado reaccionar, “dialógicamente”, frente a las interesantes observaciones que me plantearan distinguidos y queridos colegas, como Rosalind Dixon, Tania Groppi, Gábor Halmai, y Sergio Verdugo. Asumiendo que la tarea que nos reúne, refiere a un “diálogo abierto, continuo, inacabado”, en mi trabajo he ofrecido sólo algunas primeras ideas, destinadas a avanzar nuestra conversación sobre el problema que nos ocupa a todos -el problema democrático, que va de la mano de un sistema constitucional en crisis. Mis respuestas pueden considerarse, esencialmente, como incompletas: son muchos los temas adicionales que hubiera querido abordar, y que, por razones de tiempo y espacio, no he tratado. Pido disculpas por los temas que nos han quedado -que he dejado- en el camino. Confío, de todos modos, en que la conversación continuará, y guardo la secreta esperanza que el diálogo que hemos llevado a cabo en *Rivista di Diritti Comparati*, permitirá alguna mejora, en cada uno de nosotros, en relación con nuestras posiciones previas. Termino subrayando mi especial agradecimiento a Giuseppe Martinico, por la amabilidad y generosidad de su propuesta.

ABSTRACT: In this article I offered some responses and comments to the kind reflections that some esteemed colleagues - Rosalind Dixon, Tania Groppi, Gábor Halmai, Sergio Verdugo - have presented on my book *The Law as a Conversation Among Equals*. I did so in a ‘conversational’ mood, trying to continue a dialogue that - with all of them - I was lucky enough to start years ago, and I hope to continue for a long time to come.

KEYWORDS: *The Law as a Conversation Among Equals*, constitucionalismo, democracia, desigualdad, derechos sociales

Roberto Gargarella – Profesor de Derecho de la Universidad Torcuato di Tella y de la Universidad de Buenos Aires y lidera el proyecto de investigación, financiado por la ERC, “Institutional Changes for Democratic Dialogue” (ICDD) en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona (roberto.gargarella@upf.edu).